دكتور محمد اسماعيل أبو الريش
كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر



بيان
مذاهب الفقهاء

في عقد الإيصاء

الطبعة الأولى
١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م

مطبعة الأمانة
٣ شارع جزيرة بدران شبرا - مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله خلق الانسان علمه البيان الكبير الفضل العميم الاحسان جعل الوصية دربا من دروب الخير وبسببها يصل الخير الى الغير • وأشهد أن لا اله الا الله يسبح له الطير وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله حث على فضل الخير وجعله مسلكا للوصول الى شاطىء النجاة اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحابته ومن اهتدى بهداه •

وبعد •••

فقد اخترت الكلام عن الوصية لأنها جانب من جوانب الخيرات والبعد عن المنكرات ومحاولة اصلاح ما قصر الانسان فيه من ارتكاب الموبقات فنرجو أن يعم به النفع لكافة المسلمين فى سائر الأقطار والأمصار وهو حسبى ونعم الوكيل •

أ•د محمد أبو الريش

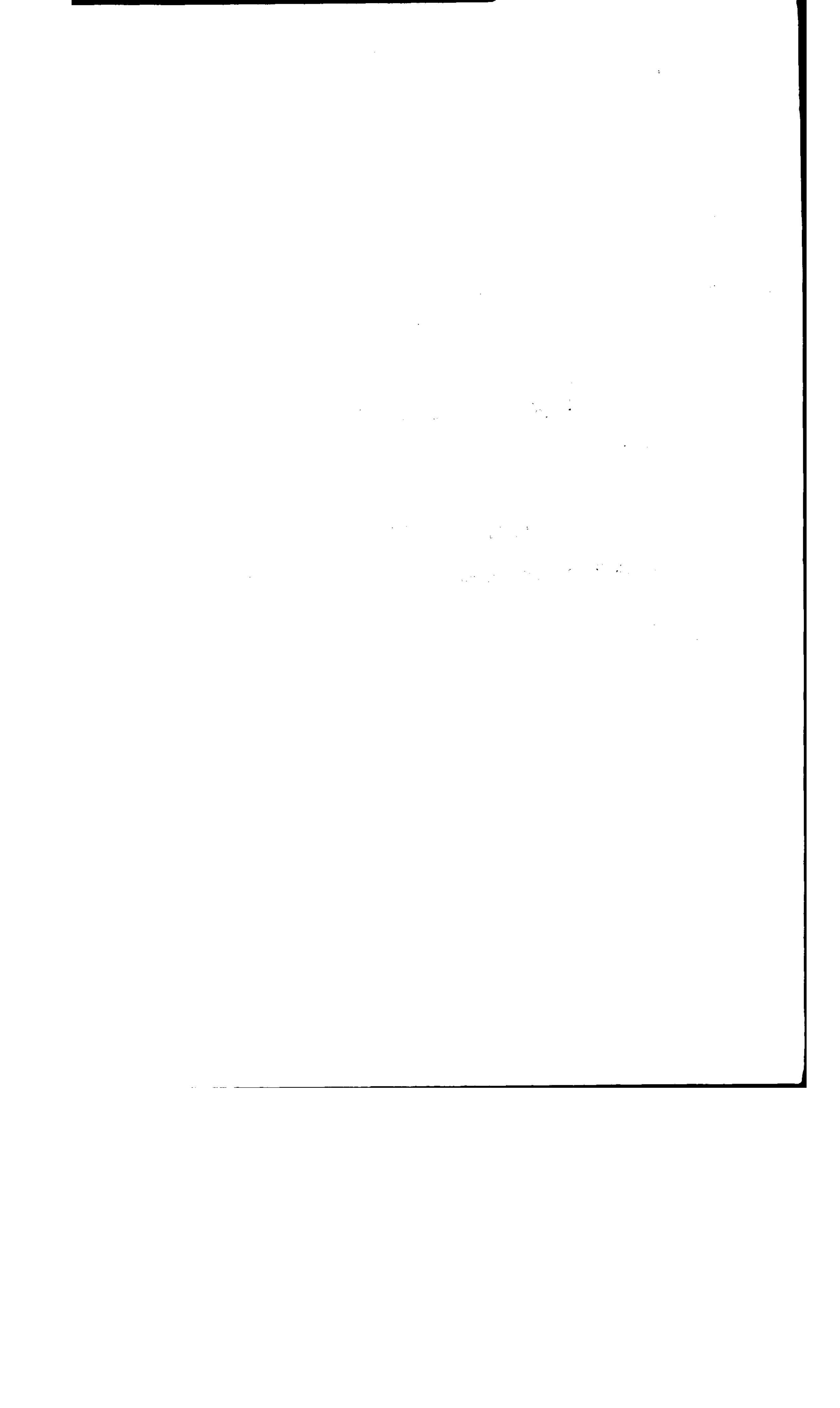
الباب الأول

تعـريف الوصـية وبيـان حكمهـا

الفصل الأول : تعريف الوصية ٠

الفصل الثانى : أدلة مشروعية الوصية ٠

الفصل الثالث : الفرق بين الوصية وغيرها من العقود ٠



الفصـــل الأول

تعـــريف الوصـــية

المبحث الأول : الوصية لغة وشرعا

الوصـــية فى اللغـــة :

مفرد ، وجمعها وصايا ، كعطية وعطايا ، وهدية وهدايا ، وهى فى اللغة تفيد العموم ، سواء كان الموصى به قولا أو عملا أو شـــيئا أو منفعة ، وهذا العموم اللغوى قد يقوم بتخصيصه بعض الفقهاء ، وقد يطلقه البعض على عمومه ، فلا يدخل عليه تخصيص •

وهى من وصيت الشىء أصيه ، اذا وصلته ، ويقال : أرض واصية أى متصلة النبات (١) ويؤيد هذا المعنى قول الشاعر (٢) :

نصى الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشتق أنصافها السفر

قال الأزهرى (٣) : الوصية من وصيت الشىء بالتخفيف أوصيه اذا وصلته ، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان فى حياته بعد مماته ، ويقال : وصية بالتشديد ، ووصاة بالتخفيف بغير همز •

وتطلق على فعل الموصى وعلى ما يوصى به من مال أو غـــيره من عهد ونحوه • فتكون بمعنى المصدر ، وهو الايصاء • •

---

(١) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصـــار ج ٦ ص ٣٠٢ الطبعة الثانية

(٢) هذا البيت لذى الرمة : انظر البحر •

(٣) المصباح المنير ١٠٢٧/٢ •

والأيصاء : فعل مأخوذ من الوصية ، فانه عام أيضـا ويمكن أن نعرفه على عمومه : بأنه طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منـه حال حياته وبعـد وفاته (٤) •

ومن معانيها الاستعطاف ، كما لو قلت أوصيه بولده أى أستعطفه عليه وأيما كان كله فيه معنى الصلة ، لأن الموصى يصل خير دنياه بخير عقباه (٥) • وقيل : الأمر : قال تعالى « ووصى بها ابراهيم بنيه » (٦) وقال تعالى « ذلكم وصاكم » (٧) وقول الخطيب : أوصيكم بتقوى الله•

تعـريف الوصـية شرعـا :

قد ورد عدة تعريفات لدى الفقهاء ، وربما اختلفت.هذه التعاريف فى ألفاظها ومعانيها ، وان كانت هذه التعاريف قد تقتـرب بعضها من البعض الآخر ، ومنها ما يتصف بالخصـوص ، ويرجـع ذلك الى أختلافهم ، وسنورد هذه التعاريف على النحو التالى :

تعـريف الشـافعية :

هو تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لمـا بعد الموت (٨) :

شـرح التعـريف :

(التبرع) جنس فى التعريف يشمل التبرع حال الحياة فعـلا ، كما يشمل التبرع المؤجل لمـا بعد الموت ، واضافة التبرع الى حـق :

---

(٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٦ ص ١٨١ •
(٥) المصباح المنير جـ ٢ ص ١٠٢٧ •
(٦) سورة البقرة الآية رقم ١٣٢ •
(٧) سورة الأنعام الآية رقم ١٥١ •
(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ •

يخرج التبرع بما ليس بحق ، كأن يتبرع بما لا يملك ، أو بملك الغير ، وكلمة حق عامة وشاملة تطلق على الأعيان والمنافع ، لأن الحق هو الشيء الثابت المقدر ، وكلمة (مضــاف) وصف للحق ، ولو لم يذكر هــذا الوصف لكان التبرع بالحق منجزا ولكن هذا الوصف نفى التنجيز ، وجعله مضافا ، وليس التبرع بتدبير وصية ولا تعليق العتق كذلك وان التحق بالوصية حكما كالتبرع المنجز فى مرض الموت أو الملحق به •

تعـــريف الحنـــابلة :

الوصية بالمــال : هى التبرع به بعد الموت (٩) • وقيـــل : هى الأمر بالتصرف بعد الموت ، أو التبرع بالمــال بعده (١٠) •

ويستنتج من هذا التعريف أنه قصر الوصية على المــال ، وجعلها مضافة الى ما بعد الموت ، وهى بهذا تخرج الهبة ، لأنها تبـــرع حال الحياة وتشمل التصرف •

تعـــريف المـــالكية :

هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتـــق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح (١١) •

شـــرح التعـــريف :

قوله « هبة الرجل » تجعل الوصـــية تشترك مع الهبة ويمكن أن يعبر عن الوصية بلفظ الهبة ، مع أننا نجد الفقهاء قد فصلوا بينهما ، وجعلوا الهبة تقتصر على التبرع حال الحياة ، والوصية تبرع مضـــاف

---

(٩) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ١٣٧ تحقيـق طه محمـد الزينى •
(١٠) حاشية الروض المربع جـ ٦ ص ٤٠ •
(١١) بداية المجتهد جـ ٦ ص ٣٣٦ •

الى ما بعد الموت ، ويمكن أن يقال أن صاحب بداية المجتهد قد صار على القاعدة الفقهية القائلة : العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ ، أما اذا جرينا على أن العبرة فى العقود بالألفاظ لا بالمعانى فلا يمكن أن يعبر عن أحدهما بالآخر نظرا لعدم الاشتراك .

قوله « ماله » هو : ما يتمول به ، وتكون له قيمة معتبرة ، قوله « بعد موته » خرج الهبة لأنها تبرع حال الحياة ، قوله «أو عتق غلامه» جعل العتق المؤجل الى ما بعد الموت وصية ، وهذا يخالف ما عليه الشافعية الذين لم يجعلوا التدبير وصية ، وان كانوا قد ألحقوا التدبير بالوصية حكما ، والفرق بينهما أنه جعل التدبير وصية صراحة ، بخلاف الشافعية الذين جعلوا التدبير وصية حكما ، وقوله : « صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح » يؤيد ما قلناه أن ابن رشد لم يشترط التصريح بلفظ الوصية .

وذكر صاحب مواهب الجليل عدة تعريفات (١٢) :

أولها : ما ذكر فى الشامل : أن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع . وهذا التعريف لا يشمل التدبير .

ثانيها : ما نقل عن اللباب أن حقيقتها تصرف المالك فى جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه .

وهذا التعريف يوحى بما يأتى :

أن الوصية تقع بكل تصرف حتى ولو يذكر فيه لفظ الوصية ، وقوله فى جزء من حقوقه كأن الوصية يمكن أن تشتمل على أكثر من حق حتى ولو كان لشخص واحد ، وقوله على وجه يكون له الرجوع فيه

---

(١٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٤ .

يشعر بأن الموصى يمكن أن يرجع عن وصيته حال حيـاته ولو كان ذلك قبـل موته •

ثالثا : حقيقتها : اسناد النظر فى أمر المحجور أو تنفيذ وصـية لثقة مأمون ، وهذا التعريف يوحى بأن الوصية لا تقتصر على أن يكون الموصى به مالا أو منفعة ، حيث نص على أن الموصى به هو أمر المحجور ومن فى حكمه أو تنفيذ وصية ثقة مأمون ، حتى ولو كان ذلك حال حياته•

رابعا : قال ابن عرفه : عقد يوجب حقا فى ثلث عاقـده يلزمه أو نيابته عنه بعـده •

وهذا التعريف يلاحظ : أنه قد نص على أن الوصية عقد كما أنه حدد مقدار الوصية أى الموصى به حيث قال : فى ثلث عاقده مع ملاحظة ذكره للحد الأقصى الذى لا يمكن تجاوزه ، ويؤخذ من التعريف أنه جعل الموصى به قد لا يكون مالا ، وقد يكون غير مال ، بمعنى أنه يمـكن أن يكون الموصى به قياما بعمل ، حيث قال : أو نيابته عنه بعده •

تعـريف الشـيعة :

ايجاب حق لمـا بعد الموت بلفظ الوصية (١٣) :

وهذا التعريف لم ينصوا عليه صراحة ، وانما أخذناه من كلامهم استنتاجا وذلك أخذا من حكم الوصية عندهم بالاضافة الى الصـيغة المستعملة فى الوصية •

« وأما أهل الظاهر » : فقد وافقوا الشيعة فيما قالوه بل تشددوا بأن جعلوها فرض لازم على كل من ترك مالا (١٤) •

---

(١٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصـار جـ ٦ ص ٣٠٥ ، الايضاح جـ ٨ ص ١٥٤ •

(١٤) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٢ •

تعـــريف الحنفيـــة :

قد عرفها الحنفية بعدة تعريفات نذكر منها :

أولا : عرفها صاحب تبيين الحقائق : بأنها تمليك مضـــاف الى ما بعد الموت (١٥) يعنى بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة .

ثانيا : وعرفها صاحب البدائع : بأنها اسم لمـا أوجبـه الموصى فى ماله بعد موته (١٦) وبهذا تنفصل عن البيع والاجارة والهبة . لأن كل هذه العقود الايجاب فيها يقع حال الحياة بخـــلاف الوصية فان الايجاب فيها يقع بعد الموت .

ثالثا : وذكر الكرخى فى تعريف الوصية : ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته أو فى مرضه الذى مات فيه .

وقد اعترض على هذا التعريف :

« فقوله ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته » لا يشـــمل جميع أفراد الوصايا ، فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبـــة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعا . وقوله « أو فى مرضه » حد مقسم وانه فاسد ، وكذا تبرع الانسان بماله فى مرضه الذى مات فيه من الاعتـاق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقية ، لأن حكم هذه التصرفات منجز نافذ فى الحال قبل الموت ، وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقية الا أنها تعتبـــر بالوصايا فى حق اعتبار الثلث ، فاما أن تكون وصية حقيقية فلا . وعلى

---

(١٥) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ .

(١٦) بدائع الصنائع جـ ١٠ ص ٤٨٤٣ مطبعة الامام بالقلعة .

هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قـــدرا من ماله مشاعا أو معينا ان قدر ما يســتحقه الموصى له من مال هو ماله • وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ، ويوم ما تثلثمائة لا يستحق الموصى له الا مائه ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المــال يوم مات ، ولو كان له مــال يوم أوصى فمــات وليس له مــال بطلت وصيته وانما كان كذلك لمــا ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصى عند موته ، ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده ، كأن قال عند الموت : لفلان ثلث مالى فيعتبر ما يملكه فى ذلك الوقت لا ما قبله •

وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف رحمه الله فقال : اذا أوصى رجل وقال لفلان شاة من غنمى أو نخلة من نخلى أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمى هذه ولا من جوارى هــؤلاء ولا من نخلى هذه فان الوصية فى هذا تقع يوم مات الموصى ولا تقع يوم أوصى ، حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشــترى مكانهــا أخرى أو ماتت جواريه فاشترى غيرهن أو باع النخل واشترى غيرها فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت • وليس للورثة أن يعطوه غير ذلك لمــا بينا أن الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت ، فكأنه قال فى تلك الحالة لفلان شاة من غنمى فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله ، قال فان ولدت الغنم قبل أن يموت الموصى أو ولدت الجوارى قبل موته فلحقت الأولاد الأمهات ثم مات الموصى فان للورثة أن يعطوه ان شاءوا من الأمهات وان شاءوا من الأولاد ، لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المســـتفاد من الولادة كالمســـتفاد بالشراء •

قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصى فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها ، لأن الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بيانا أن الشاة

المعينة هى من الموصى بها ، كأن الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداء ، فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له •

قال فأما ما ولدت قبل موت الموصى فلا يستحق الموصى له لأن الوصية اعتبارها عند الموت فالحادث قبل الموت يحدث على ملك الورثة، وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا ، فأما ان كان متصلا بها فهو للموصى له وان حدث قبل الموت ، لأنه لا ينفرد عنها التمليك •

قال : ولو قال أوصيت له بشاة من غنمى هذه أو بجارية منجوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتى هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى ، لأنه عين الموصى به ، وهو الشاة من الغنم المشار اليها ، حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية ، كما لو قلت أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ، ولو ولدت الغنم أو الجوارى فى حال حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الأولاد ليس لهم ذلك لأن الوصية تعلقت بعين مشار اليها ، وان لم يثبت الملك فيها ينزل فى غيرها فان دفع الورثة اليه جارية من الجوارى لم يستحق ما ولدت قبل الموت لأن الوصية لم تكن وجبت فيها ، لأن الملك فى الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لأنه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه ، قال : فان ماتت الأمهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها لأنه لم يبق من يزاحمها فى تعليق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم ، فان ماتت الأمهات كلها وقد بقى لها أولاد حدثت بعد الموت أو أحرق النخل وبقى لها ثمر حدث بعد الموت فعلى الورثة أن يدفعوا اليه ولد جارية وثمرة نخلة ، لأن الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق فى الولد الحادث بعده فاذا هلكت الأم بقى الحق فى الولد على حاله ولا يظهر فيما حدث قبل الموت (١٧) •

---

(١٧) المرجع السابق جـ ١٠ ص ٤٨٤٨ •

المقـــارنة بين التعـــاريف

اتفقت التعاريف فى النقاط الآتية :

١ ــ تتفق فى مجموعها على وجود التبـــرع من الموصى ، لأن الموصى يخرج من ذمته شىء بدون مقابل •

٢ ــ أن التبرع ليس منجزا ، وانما يؤجل تنفيذه الى ما بعـــد المـــوت •

٣ ــ أن تنفيذ الورثة بعد الموت يستند الى ما التـــزم به الموصى قبل موته وليست الورثة الا أداة تنفيذ لمـــا التزم به الموصى •

٤ ــ أن تعريف الوصية يعتبر تعريف بالأثر المترتب على هـــذا الانعقاد ، حيث ان الجميع عبروا بأنها تمليك ، والتمليك لا يكـــون الا من مالك •

٥ ــ قد راعى الفقهاء جميعا المعنى اللغوى فى المعنى الاصطلاحى حيث جعلوا الوصية عطاءا تبرعا •

وقد اختلفت التعاريف فى النقاط الآتية :

١ ــ فعند الشافعية يجعلون التدبير ــ وهو تعليق العتق بعـــد الموت ــ لا يلتحق بالوصية الا حكما ، وهـــذا ينبنى عليه أنه لا يخرج من الثلث ، بخلاف ما ذكره صـــاحب بداية المجتهـــد فانه جعل العتق المعلق على الموت « أى التدبير » وصية ، وعند الحنفية نجد العمـــوم فى التعريف دون أن يذكروا التدبير صراحة ومن ثم فانه يعد داخـــلا فى التعريف ما دام لم ينص على اخراجه ، أما الحنابلة فتعريفهم أيضا وان كان عاما الا أنهم يقولون فى مطلع كلامهم الوصية بالمـــال والمـــال يشمل العبيد وغيرهم ، فيعد التدبير داخلا فى تعريفهم •

٢ ـ الناظر فى هذه التعاريف يجد أن البعض يلتزم بتحديد صيغة معينة للايصاء والبعض لا يلتزم ، ويدل لما نقول ، ان الشافعية يقولون بأنها تبرع وكذلك الحنابلة والأحناف ، فهم ينصون على أن التمليك بطريق التبرع وابن رشد من المالكية يذكر نصا : بأن الوصية هبة الرجل ماله ومن ثم فان الوصية تختلط بالهبة مع أن كلاهما يفترق عن الآخر فالهبة تبرع حال الحياة ، والوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، وأما صاحب اللباب يقول : بأن الوصية تصرف ، والتصرف لفظ عام يشمل التبرع وغير التبرع ، كما أن التصرف قد يكون بمقابل وبغير مقابل ، وأبن عرفه يقول «عقد» ولفظ العقد يعنى ايجابا وقبولا وتلاقى الايجاب مع القبول كما أن العقد يشمل التبرع وغيره ، ومن ثم نجد أن تعريفات المالكية تباينت فى مرماها ومعناها ، وأما الشيعة وأهل الظاهر لا يوافقون فى تعريفهم على لفظ التبرع وانما يعبرون بايجاب حق ، ولفظ الايجاب يتناقض مع التبرع •

٣ ـ ان التعاريف المذكورة بالتأمل نجد أنها تركز على أن الموصى به لا يكون الا مالا ، الا ما ذكره صاحب اللباب فى جزء من التعريف بأنها اسناد النظر فى أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون ، فجاء تعريفه فيه عموم وشمول وجعل الموصى به قد يكون مالا وقد يكون تصرفا فى أمر المحجور عليه سواء فى حياة الموصى أو بعد موته ، وقد يكون القيام بتنفيذ وصية ما لشخص سواء بادارة عمل أو الامتناع عنه ، فجاء هذا التعريف أعم وأشمل •

٤ ـ المتأمل فى التعاريف السابقة يجد أن كل التعاريف لم تذكر جواز الرجوع نصا الا صاحب اللباب فقد ذكر نصا حيث قال : على وجه يكون له الرجوع فيه ، ولعل ذلك راجع الى أن بعض المعرفين لم يقتصروا على ذكر الأركان فحسب وانما يذكرون الشروط ، فلعل صاحب اللباب من هذا النوع •

٥ — بالتدقيق والبحث فى التعاريف نجد أن أصحاب المذاهب الأربعة يقولون بأن الوصية أمر اختيارى لا يجبر عليه الموصى الا اذا كان الموصى قد قصر فى بعض القرب المفروضة عليه كحقوق الله ، والشيعة والظاهرية يرون أنها واجبة بل عبر الظاهرية بفرضيتها ، ومن ثم فان المذاهب الأربعة يجوزون الرجوع فيه ، ومن قال بالوجوب لا يجوز الرجوع الا أن ابن عرفه من المالكية عندما عرف الوصية قال : بأنها عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده يلزمه بموته أو نيابة عنه بعده ، وهذا التعبير فى نظرنا يوحى بأنها واجبة فى ثلث مال العاقد ، وهذا منصوص عليه صراحة فى التعريف ، الا اذا كان ابن عرفه يقصد بأن العاقد بعد انعقاده بالوصية بلفظه تصير واجبة ، وقبل الانعقاد لا تكون كذلك ولكن من نظر الى تعريفه لا يتبادر ذلك الى ذهنه وانما يستشعر من التعريف وجوبها .

وبعد أن ذكرنا تعاريف الفقهاء وبينا أوجه الاتفاق والاختلاف يمكننا أن نستنتج تعريفا شاملا للوصية هو :

عقد تبرع بحق فى ثلث عاقده يلزمه بعد موته أو تصرف نيابة عنه .

شرح التعريف :

كلمة «عقد» تعتبر جنس فى التعريف تشمل كافة العقود سواء كان وصية أو هبة أو غير ذلك من كافة المعاملات المالية ، ولذلك فهى تحتاج الى ايجاب وقبول ، والايجاب وهو ما صدر أولا من أحد طرفى العقد ، والقبول وهو ما صدر ثانيا ، ولما كان العقد عاما وشاملا ، فأضيفت اليه كلمة «تبرع» وبهذه الاضافة خرجت العقود التى تنتفى فيها صفة التبرع كالبيع والاجارة وغيرهما مما يكون فيه مبادلة ، حتى الهبة بشرط العوض أو الثواب فان صفة التبرع تنتفى فيها بموجب

اشتراط العوض وإن قل ، ويبقى معنا كل ما كان الانعقاد فيه صفة التبرع ولا يقتصر هذا على الوصية بل يتعداها الى غيرها كالهبة لأنها تبرع والعارية بلا مقابل فانها تبرع أيضا ، وكذلك الرهن فيه شائبة التبرع من قبل المرتهن خصوصا عند المالكية الذين يجوزون رهن الغرر (١٨) وهو ما كان معدوما أو له خطر العدم •

وكلمة «حق» تخرج ما ليس بحق ومن ثم فلا يجوز لشخص أن يتبرع بملك غيره الا بعد موافقته وحينئذ يكون تبرعه من غيره اما بطريق النيابة أو بطريق الوكالة •

وقولنا « فى ثلث عاقده » يجعل التبرع مقصورا على نصيب معين من المال لا يمكن تجاوزه أو تخطيه لأن ذلك يتناقض مع قول النبى صلى الله عليه وسلم لسعد : الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس (١٩) •

وقولنا « يلزمه بعد موته » يخرج الهبة لأنها تبرع حال الحياة وكذلك العارية بلا مقابل لأنها ترد الى المعير ، وكذلك الرهن لأن موعد الاستيفاء فيه محدد ، ولم يبق الا الوصية التى يؤجل تنفيذها الى ما بعد الموت •

وكلمة « أو تصرف » فان كلمة تصرف عامة لا تقتصر على التصرف المالى بل يمكن للموصى أن يوصى غيره بالقيام بالتصرف فى مال المحجور عليه لسبب من الأسباب الداعية الى الحجر كصغر وجنون ورق وافلاس وغير ذلك من الأسباب الداعية اليه • وهذا القيام بالتصرف يكون نيابة عنه سواء كان حال حياة الموصى أو بعد موته •

---

(١٨) القوانين الفقهية ص ٣٣٩ ، الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٠٨ •

(١٩) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ٥ ص ٣٦٣ ، صحيح مسلم شرح النووى ج ٤ ص ١٥٩ حديث رقم ٣

المبحث الثـــانى

سبب تســـميتها وصـــية

تسمى وصية وذلك لعدة أسباب منها :

١ ــ لأن الموصى يصل خير دنياه بأجر آخرته ، فيمتد بها ذكـــره وينتشر بها أجـــره •

٢ ــ ربما كان فيها امتداد صلته بالناس بعد موته ، فيبقى اسمه وكأنه حى مع من أوصى له ، لأن الأموات يحيون بذكراهم وما خلفـــوه فى حيــــــاتهم •

٣ ــ فيها عدم انقطاع عمله مع أنه قد مات لا ســـيما اذا أوصى لجهة خيرية يمتد عملها ويعم نفعها وينتشر فضلها على كثير من الناس كما لو أوصى لانشاء مستشفى للعلاج أو مدرسة للتعليم وذلك عمـــــلا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية وعلم ينتفع به ، وولد صالح يدعو له (٢٠) • وما قلنـــاه يدخل تحت الصدقة الجارية •

---

(٢٠) صحيح مسلم شرح النووى ج ٤ ص ١٦٧ رقم الحديث ١١ •

الفصل الثانى

أدلة مشروعية الوصية وحكمها

المبحث : الأول

أدلة مشروعية الوصـــية

لما كانت الوصية عملا يقوم به الموصى كان لابد لهذا العمـــل أن يوصف بوصف يليق به ، ولا نجد وصـــفا يليق بهـــذا العمل ويتناسب معه من المشروعية ومن ثم قال الفقهاء بأن الوصية عمل مشروع والقيام به غير ممنوع ، وأقاموا على ذلك الأدلة ، كل هذه الأدلة تدل عـــلى مشروعية العمل ، وهذه الأدلة تتنوع فهى اما أن تكون من الكتاب أو السـنة أو الاجماع أو القياس •

أولا : الكتـــــاب :

الأول : قول الله تعالى فى آية المواريث وفى مطلعها « يوصيكم الله فى أولادكم » الى أن قال سبحانه وتعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ثم قال بعد ذلك « من بعد وصية يوصين بها أو دين » وقوله بعد ذلك « من بعد وصية توصون بها أو دين » وآخر ما قال فى هذه الآية « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصـــية من الله والله عليم حليم » (١) •

والمتأمل فى هذه الآية يجد ما يأتى :

أ ـــ أن الله جعل مطلع آية المواريث وصية ، حيث قال « يوصيكم الله فى أولادكم » (٢) فكأن الوصية أساسا من الله عز وجل والوصية والميراث أخوان لا ينفك أحدهما عن الآخر بل هى مقدمة عليه ، ثم لمـــا

---

(١) سورة النساء : الآية رقم ١٢ •

(٢) سورة النساء الآية رقم ١١ •

كان مطلع الآية الوصية بتقسيم التركة بين الوارثين جعل الوصية استقلالا بالذكر حتى تنفرد عن الارث ، وجعل الأولى للذكور ، ثم ذكرها فى المرة الثانية للنساء حتى لا يتوهم متوهم أن الرجال هم الذين يوصون فحسب فأقر بهذا التساوى وقطع دابر الشك •

ب ـ كرر سبحانه وتعالى آية الوصية عقب كل قسم ، وهذا يفيد أنه لا يختص بها قسم دون آخر •

جـ ـ اشترط الله سبحانه وتعالى على الموصى ألا يقصد الضرر بالوارثين وذلك لأن الوصية المقصود منها ايصال خير دنياه بخير آخرته ، ولا يجتمع ايصال الخير مع وجود الضرر حيث قال : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله » •

الثانى : قول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوى عدل منكم أو آخرين من غيركم » (٣) •

دلت هذه الآية على شيئين :

أ ـ أن الخطاب قد توجه للمؤمنين الذين يريدون أن يوصوا عند موتهم •

ب ـ طلب منهم فى هذا الخطاب الاشهاد على وصيته ، وهذا يدل على جواز الوصية وجعلها محببة الى النفوس لتعويض التقصير الواقع فى الدنيا لتحصيل الخير فى الأخرى ، وهذا يجعلها مشروعة •

الثالث : قوله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » (٤)

---

(٣) سورة المائدة : الآية ١٠٦ •

(٤) سورة البقرة الآية رقم ١٨٠ •

والمراد بالخير هاهنا المـــال ، والمراد بالأقربين الذين لا يرثون لكون الوالدين قد جعل الله لهما نصيبا فى الارث ، كما جعل الوصية من قبيل المعروف المـــأمور به ، المحسوس على فعله ، الذى يفعله المتقـــــون ويتجنب فعله العصاة والمذنبون ، وكون الله وصفها بالخيرية والمعروف وجعلها حقا وهذا الحق فى رأيى أنه حق للموصى ليحصل الخير لنفسه، ويعوض ما فاته من تقصير فى العمل ويحاول تحقيق ما يصـــبو اليه من أمل وهو طمعه فى الجنـــة •

ثانيـــا : السـّـــــنة :

أ ـــ قال صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم » (٥) •

أخبر عليه الصلاة والسلام أن الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا فى آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة فى أعمالنا ، والوصية تصرف فى ثلث المـــال فى آخر العمر زيادة فى العمل فكانت مشروعة •

ب ـــ حدثنى أبو خيثمة ـــ زهير بن حرب ـــ ومحمـــد بن المثنى العنزى « واللفظ لابن المثنى » قالا : حدثنا يحيى ـــ وهو ابن ســـعيد القطان ـــ عن عبيد الله أخبرنى نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« ما حق امرىء مسلم له شىء يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » (٦) دل هذا الحديث على جواز الوصية والحث عليها والاهتمام بها فحبب كتابتها حتى لا يستطيع الورثة انكارها بعد مـــوت مورثهـــم •

---

(٥) شرح معانى الآثار للطحاوى جـ ٤ ص ٣٧٩ •

(٦) مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٥٧ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٥٥ •

ثالثـــا : الاجمـــاع :

أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على جواز الوصية وعدم انكارها ، وهذا الاجماع يســـتند الى الكتاب والسنة الذى لا يمكن انكار ما فيها بحال ونستطيع أن نقــول ان الاجماع يعد تنفيذا عمليا لمـا فى الكتاب والسنة ، ويدل لمـا نقول ما روى عن خلاد بن يحيى حدثنا مالك وهو ابن مغول حدثنا طلحة بن مطرف قال : سألت عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهما : هل كان النبى صلى الله عليه وسلم أوصى ؟ فقال : لا فقلت : كيف كتب على النـــاس الوصية أو أمروا بالوصية قال : أوصى بكتاب الله (٧) .

رابعـــا : المعقـــول :

وبالنظر فى القياس نجد أنه يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك فتقع الاضـــافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا تصح .

وبالتدقيق والتأمل وعمق النظر نجد أن ضربا من القياس يقتضى الجواز وهو أن الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق بها الحديث أو تداركا لمـا فـرط فى حياته . وذلك بالوصية ، وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العبـــاد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها .

وبه تبين أن ملك الانســان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه ، ألا ترى أنه بقى فى قدر جهازه من الكفن والدفن وبقى فى قدر الدين الذى هو عليه مطالب به من جهة العباد لحاجة الى ذلك كذلك ههنا .

وقد أجازها الشارع لحاجة الناس اليها لأن الانسان مغرور بأمله

---

(٧) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ٥ ص ٣٥٦ رقم الحديث ٣٧٤٠ .

مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى ما فاته من التقصير بماله على وجه لا تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه الى حاجته الحالى فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح • ومثله الاجارة لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان وأجاز هذا الشارع للضرورة (٨) •

المبحث الثانى

حكم الوصية

اذا أردنا أن نتكلم عن الحكم فى الوصية ، فالحكم أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا أو غير ذلك ، لأن الحكم وصف يوصف به العمل الصادر من المكلف سواء كان بمقتضى الخطاب التكليفى أو الوضعى ، وان كانت الوصية أقرب الى الخطاب الوضعى من الخطاب التكليفى ، وان كان لا ينبغى فيها الحكم التكليفى ، فليس أقل من أن تدخل تحت التغيير ، وأما دخولها فى الوضعى ، فكونها توصف بالصحة أو الفساد، ولا يعنينا أن ندخلها فى هذا أو ذاك ، وانما الذى يعنينا هنا أن نبين حكمها الفقهى عند الفقهاء ونتبعه برأينا فى هذا الحكم •

اختلف الفقهاء فى حكم الوصية على ثلاثة آراء :

الأول : أن الوصية واجبة مطلقا : وقد قال بهذا الرأى الزهرى ، وأبو مجلز وعطاء وطلحة بن مطرف وآخرين وحكاه البيهقى عن الشافعى فى القديم (٩) •

---

(٨) بدائع الصنائع جـ ١٠ ص ٤٨٣٧ • تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢

(٩) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٥٨ •

وبه قال اسحاق وداود الظاهرى (١٠) ، واختاره أبو عـــوانه الاســفراينى وابن جرير وفرق الشـــيعة (١١) ومنذر بن ســـعيد من المـــالكية (١٢) •

الثانى : الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد فى قـــول جمهور الفقهاء وبذلك قال الشعبى ، والنخعى ، والثـــورى ، ومالك ، والشافعى فى الجديد ، وأصحاب الرأى ، والحنـــابلة (١٣) •

الثالث : وقد أجمع الفقهاء بدون استثناء على وجوب الوصية اذا كانت متعلقة بحق من حقوق الله تعالى كالاخراج زكاة وجبت عليه قبـــل موته أو حج وجب عليه ، أو وديعة عنده أو دين •

الأدلـــــة

أدلة الرأى الأول : القائلين بوجوب الوصية مطلقا ، سواء كانت متعلقة بحق من حقوق الله أو بتبرع أو غير ذلك •

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أولاً : الـــكتاب :

قال الله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » (١٤) •

---

(١٠) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣١٢ حيث قال **الوصية فرض على من ترك مالا** •

(١١) **الايضاح ج ٨ ص ١٤٦** ، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار** ج ٦ ص ٣٠٣ •

(١٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٤ •

(١٣) **المغنى لابن قدامه ج٦ ص١٣٧** ، **مواهب الجليل ج٦ ص٣٦٤** ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٩ ، تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٢ ، البدائع ج ١٠ ص ٤٨٣٨ ، **بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٦** •

(١٤) سورة البقرة الآية ١٨٠ •

وجه الدلالة : أن كتب اذا وردت تدل على معنى « فرض » وقد ورد ذلك فى أكثر من آية مثل قوله تعالى : « كتب عليكم الصيام » (١٥) بمعنى فرض « كتب عليكم القصـــاص فى القتلى » (١٦) فدل هذا على أن كتب فى هــذه الآية بمعنى فرض والمراد بالخير فى هذه الآية المـــال الذى يتركه الموصى ، فلما بين الله فى ســورة النساء ميراث الوالدين ، فنسخت وصيتهما بارثهما وبقيت الوصية للأقربين غير الوارثين عـــلى حالها من الوجوب ، والمراد بالحق فى هذه الآية : الشىء الثابت ، ويطلق شرعا على ما ثبت به الحكم فاذا ضمت هذه المعانى بعضها الى البعض الآخر أفادت الوجـــوب •

ثانيـــا : الســــــنة :

ما روى عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليـــــه وسلم قال : ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصـــيته مكتــــوبة عنده (١٧) •

وفى رواية ثلاث ليال :

وجه الدلالة : ورد لفظ الحديث بصيغة القصر ، فقد عبر بمـــا فى قوله « ما حق » وذكر لفظ « الا » فى قوله « الا ووصـــيته » وهذا التعبير يوحى بجعل الحق وهو الشىء الثابت مقصورا على كتـــــابة الوصية وجعلها حق مستحق للموصى له وهذا يوحى بايجابها ، بل يثبته، ويؤيد هذا المعنى ما قاله عبد الله بن عمر ما مرت على ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك الا وعندى وصيتى •

وهذا صحابى جليل يعرف مغزى ما سمعه من النبى صلى الله عليه

---

(١٥) سورة البقرة الآية رقم ١٨٣ •

(١٦) سورة البقرة الآية رقم ١٧٨ •

(١٧) مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٥٧ ، فتح البارى جـ ٥ ص ٣٥٨

وسلم فيطبقه عملا • وفى رواية البيهقى والترمذى : قوله عليه الصلاة والسلام (ما يحق لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه ، فعلى الناس امتثال ما أصابوه مكتوبا عند رأسه ، ولو لم يكن هذا نافعا لما نوه رسول الله صلى الله عليه وسلم به ، ودل عليه وأوجبه •

ثالثـا : الأثـر :

ما روى عن ابن عباس أنه قال : « من مات ولم يوص فقد ختم عمله بمعصية » (١٨) ففى الأثر : ولا يقال ختم عمله بمعصية الا من مات على كبيرة •

وفى الاثر عن أبى المؤثر : اذا ترك الميت مالا أكثر ما يقول المسلمون أن الوصية فيه واجبة ، ثم لم يوص لقرابته عمدا ، فأهون ما أفعل معه الا أتولاه ، وانما قيل : الوصية للاقرب فريضة ، لأنه لا يوصل الى انفاذها الا بعد موته ، وان أعطاها وهو حى فلا تجزئه ، وأما غير ذلك من التبرعات فانه يمكن الانتصال منها فى حياته ، حتى لا يحتاج الى أن يوصى بها ، فان لم يفعل جعلوا له مخرجا أن يوصى بها فيبرأ اذا أنفذها الوصى أو الوارث بعده ، فان لم يفعل الوصى أو الوارث أو غيرهما فمن ينفذ ذلك عنه،فيكون ذلك دينا عليه ولا يحكم عليه بالعصيان،مثل من لم يوص بها،واثم ذلك على الذين يبدلونه لقوله عز وجل « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »(١٩) ولا يتوجه قوله بعد ما سمعه الا الى المبدلين لا الى المؤمنين المجتهدين وكذلك قوله « انما اثمه على الذين يبدلونه » وانما من حروف الحصر عند أهل اللسان • (٢٠)

---

(١٨) رواه الامام أحمد فى مسنده •

(١٩) سورة البقرة الآية رقم ١٨٤ •

(٢٠) الايضاح جـ ٨ ص ١٤٧ ؛ المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٢ • البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٣ •

أدلة القائلين بعدم الوجوب واستحبابها :

ما روى عن يحيى بن يحيى التميمى أخبرنا ابراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن عامر ابن سعد عن أبيه قال : عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت ، فقلت يا رسول الله ، بلغنى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى واحدة أفاتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت أفاتصدق بالشطر ؟ قال : لا ، الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ، ولست تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله الا أجرت بها حتى اللقمة تجعلها فى امرأتك ، قال قلت يا رسول الله أخلف بعد أصحابى قال انك لن تخلف فتعمل عملا تبتغى به وجه الله الا اذ زدت به درجة ورفعة ولعلك تخلف حتى ينفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لاصحابى هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خوله قال رثى له رسول الله صلى الله عليه وسلم من أن توفى بمكة (٢١) .

وهذا الحديث يدل على ندب الوصية لعدة أسباب :

١ — الحوار الذى دار بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين سعد وهذا الحوار لم يأخذ النبى عليه الصلاة والسلام بما كان يريده سعد .

٢ — أن سعد عندما قال للنبى أنه يريد أن يوصى بجميع ماله أو بثلثيه أو بشطره مبررا فعله بأنه ليس له الا ابنة وهى مسئولة من زوجها وربما كان غيرها أولى منها .

٣ — أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوافق على ما أراده سعد وانما حاوره حتى وصل معه الى الثلث وأخبره بأن الثلث كثير .

٤ — أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر علة لهذا الانقاص الكثير

---

(٢١) مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٥٩ . فتح البارى جـ ٥ ص ٣٥٨

والوصول الى حد معين بقوله « انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ، وهذا ان دل فانما يدل على حرصه على مصلحة الوارث حتى وان قل عددهم وكان المال كثيرا ، لكل هذه الأسباب يتضح أن حكم الوصية تبرعا بجزء من المال يعد من قبيل الاستحباب ونفى الايجاب •

وهؤلاء لم يستدلوا بالكتاب وانما قاموا بنفى ما استدل به المخالفون القائلون بالايجاب وان صح نفيهم فانه يعد دليلا لهم •

الرد على أدلة القائلين بالوجوب :

أن الآية أفادت الوجوب فى الابتداء للوالدين والاقربين المسلمين لقول الله تبارك وتعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين » ثم نسخت • واختلف فى الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث ، وهو ما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال : لا وصية لوارث • (٢٢)

والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة ، فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد •

فالجواب : أن هذا الحديث متواتر ، غير أن التواتر ضربان :

أ ـ تواتر من حيث الرواية وهو أن يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب •

ب ـ وتواتر من حيث ظهور العمل به قرنا فقرنا من غير ظهور

(٢٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٧٢ • نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٥ •

المنع والنكير عليهم فى العمل به الا أنهم ما رووه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته ، وقد ظهر العمل بهذا مع ظهور القول أيضا من الائمة بالفتوى به بلا تنازع منهم .

ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالمتواتر فى الرواية ، الا أنهما يفترقان من وجه ، وهو أن جاحد المتواتر فى الرواية يكفر ، وجاحد المتواتر فى ظهور العمل لا يكفر لمعنى عرف فى أصول الفقه .

وقال بعض العلماء نسختها آية المواريث ، وفى الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال : ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث . وقوله كل ذى حق حقه أى كل حقه ، فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذى أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث ، واذا تحول فلا يبقى له حق فى الوصية ، قياسا على القبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة ، وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى فى الذمة الأولى وكما فى الحوالة الحقيقية .

وقال بعضهم الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق ، والآية وان كانت عامة فى المخرج لكن خص منها الوالدين والاقربون الوارثون بالحديث ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » فكان الحديث مخصصا لعموم الكتاب لا ناسخا ، والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ، الا أن عامة أهل التأويل قالوا : ان الوصية فى الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقربين المسلمين ثم نسخت بحديث أبى قلابة ، وقال

---

(٢٣) بدائع الصنائع جـ ١٠ ص ٤٨٤٠ .

بعضهم : ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة ، وان لم يكن فهى غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه أبو الليث •

وردوا على استدلالهم بالحديث بما يأتى :

١ ــ أن الحديث قد روى برواية أخرى حيث قال النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عند رأسه • (٢٤)

٢ ــ وهذه الرواية فيها لفظ (يريد أن يوصى) الخ والارادة تفيد الحث على الوصية ، دون الوجوب ، وفى نفس الحديث ما ينفى الوجوب لأن فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء ، والواجب لايقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات •

٣ ــ أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات ،كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عند الجمهور • (٢٥)

٤ ــ واحتج ابن بطال تبعا لغيره بأن ابن عمر لم يوص ، فلو كانت الوصية واجبة لما تركها وهو راوى الحديث • (٢٦)

وقد رد من قالوا بالوجوب على الجمهور بما يأتى :

١ ــ قال ابن حزم : أما من زاد فى رواية الحديث (يريد أن يوصى) فان مالك بن أنس رواه كما أوردناه بغير هذا اللفظ لكن بلفظ الايجاب فقط ورواه عبد الله بن نمير ، وعبده بن سليمان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر كما رواه مالك ، ورواه يونس بن يزيد عن نافع عن ابن عمر كما رواه مالك • ورواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث

---

(٢٤) مسلم شرح النووى ج ٤ ص ١٥٧ ، فتح البارى ج ٥ ص ٣٥٨
(٢٥) بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٤٨٤٠ •
(٢٦) فتح البارى ج ٥ ص ٣٥٩ •

عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبى صلى الله عليه وسلم كما رواه مالك ، ويونس عن نافع ، وكلا الروايتين صحيح ، فاذ هما صحيحان فقد وجبت الوصية برواية مالك .

٢ — واعترض على الحديث الذى ورد فيه لفظ (يريد أن يوصى) بأنه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى ، فلا يستدل به على تعليق الوصية على الارادة .

٣ — واذا ثبت أن ابن عمر أنه لم يوص فالعبرة بما روى لا بما رأى ، على أن الثابت عنه فى صحيح مسلم كما تقدم أنه قال : « لم أبت ليلة الا ووصيتى مكتوبة عندى » والذى احتج بأنه لم يوص اعتمد على ما رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع قال « قيل لابن عمر فى مرض موته : ألا توصى ؟ قال : أما مالى فالله يعلم ما كنت أصنع فيه ، وأما رباعى فلا أحب أن يشارك ولدى فيها أحد ، أخرجه ابن المنذر وغيره وسنده صحيح ، ويجمع بينه وبين ما رواه مسلم بالحمل على أنه كان يكتب وصيته ويتعاهدها ، ثم صار ينجز ما كان يوصى به معلقا ، واليه أشار بقوله : « فالله يعلم ما كنت أصنع فى مالى » ولعل الحامل له على ذلك حديثه فى الرقائق « اذا أمسيت فلا تنتظر الصباح » الحديث فصار ينجز ما يريد التصدق به فلم يحتج الى تعليق . (٢٧)

٤ — ومن طريق عبد الرازق عن سفيان بن عيينة عن يحيى بن سعيد الانصارى عن القاسم بن محمد بن أبى بكر قال : مات عبد الرحمن بن أبى بكر فى منام له . (٢٨) فأعتقت عنه عائشة أم المؤمنين تلادا من تلاده فهذا يوضح أن الوصية عندها رضى الله عنها فرض وان البر عمن لم يوص فرض اذ لولا ذلك ما أخرجت من ماله مالم يؤمر باخراجه . ومن

---

(٢٧) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٥٩ التعليق على الحديث .

(٢٨) بمعنى أنه مات فجأة من نومة نامها رضى الله عنه .

طريق عبد الرازق نا ابن جريج عن ابراهيم بن ميسرة أنه سمع طاوسا يقول : ما من مسلم يموت لم يوص الا وأهله أحق أو محقون أن يوصوا عنه ، قال ابن جريج : فعرضت على ابن طاوس هذا وقلت : أكذلك فقال: نعم ، والعجب أنهم يقولون: ان المرسل كالمسند وقد روينا عن عبد الرازق عن ابن جريج ، وسفيان ومعمر كلهم عن عبد الله بن طاوس عن أبيه أن رجلا قال : يا رسول الله أن أمي توفيت ولم توص أفاوص عنها ؟ فقال : نعم • ومن طريق معمر عن يحيى بن أبى كثير عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عن امرأة ماتت ولم توص وليدة وتصدق عنها بمتاع •

والراجح لدينا : أن حكم الوصية أقرب الى الوجوب وان كان يأخذ كافة الصفات التى يوصف بها الحكم ، فتارة تكون واجبة ، وتارة تكون جائزة وتارة تكون حراما ، كما يمكن أن تكون مباحة •

والذى دعانا الى القول بأنها أقرب الى الايجاب عدة أسباب نذكرها على النحو التالى :

١ ــ ان الله سبحانه وتعالى جعل الارث مع أنه يثبت للورثة جبرا متأخر عن الوصية والدين ، وهذا ان دل فانما يدل على الاهتمام بالوصية ورفع شأنها حيث عبر بجعل الارث بعد الوصية وذلك فى كل تقدير لأنصبة الورثة فذكر ذلك فى أربعة مواضع فى سورة النساء حيث قال عز وجل « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ، « ومن بعد وصية يوصين بها أو دين » ، ومن بعد وصية توصون بها أو دين » ، « ومن بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله » فدلت هذه الآيات فى مجموعها على الوجوب وذلك لأن الله لم يكتف بذكر الوصية للذكور فحسب بل ذكرها للاناث أيضا وذلك ان افاد التسوية فانه يفيد فوق هذا الاهتمام بأمر الوصية ، لأنه لم يدخل النساء من قبيل التغليب وانما نص عليهن صراحة •

٢ ـ قول الله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » قول الجمهور بأن حكم الآية قد نسخ بأية المواريث ، أو بحديث « لا وصية لوارث » نقول : بأن الاولى أنه لا نسخ بل الأولى وقوع التخصيص ، لأننا لو قلنا بالنسخ لكان فيه اهمال للحكم المستفاد من هذه الآية ، ولكن خصصت هذه الآية بثبوت الارث للوالدين ، فخصصوا من الآية وبقى الأقربون غير الورثة وفيه فائدة لبقاء الصلة بين الموصى وبين أقاربه غير الوارثين وهذا فيه اتساع لصلة الميت ، اذ لا تقتصر صلته على أقاربه الذين يرثون ، بل كل من يستفيد من قرابته يدعو له فيزيد أمله ويكثر عمله ويمتد آجره ، ويخلد ذكره ، فيصل خير دنياه بخير عقباه ، والتخصيص أولى عملا بالآيتين وتوفيقا بين الحكمين خصوصا وأن الآية قد ورد فيها كتب بمعنى فرض وفيها حق وهو الشيىء الثابت المقدر الذى يتعلق به حكم الوصية ، بل ان الله أوجب الاثم على من بدل هذا الحكم حيث قال « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» والضمائر المتعددة كلها تعود على حكم الوصية •

٣ ـ ان كافة الأحاديث التى رويت كلها تفيد أنه لا ينبغى لامرىء مسلم له شيىء الا ويجب عليه أن يوصى فيه ، ولم ترد الا رواية واحدة فقط بلفظ « يريد أن يوصى فيه » وهذه الرواية قد اعترض بأنها من أخبار الآحاد وتعم بها البلوى فلا يؤخذ بها •

٤ ـ أما ما استدل به الجمهور من قول النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ••• الحديث » يفيد أن الصدقة من قبل الله تعد عطية المسلم ، والمقصود من هذه العطية الزيادة فى العمل للحصول على خير الأمل وهو الفوز بالجنة ، وليس للمسلم أن يفوت على نفسه ما أعطاه الله له ، بل ان تفويته يعد مخالفة ربما استوجبت عقابا ويدل لذلك أن الحديث ذكر بنصه أنها زيادة فى أعمالكم،

ولم يقصرها الحديث على الاقربين فحسب بل جعلها تشملهم وغيرهم ، حيث قال : « فضعوه حيث شئتم » وان تحديد الوصية بقــــدر معين بالرغم من الحوار الذى دار بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين سعد رضى الله عنه يدل على أن تحديدها بهذا القدر لا ينبغى تجاوزه ويعــد ثابتا فى الذمة لتقديره • وليس للجمهور الا هذا لدليل ، ويمكن على هذا الفهم أن يكون دليلا عليهم •

٤ ــ جعل الجمهور الوصية باخراج الدين من قبيل الوصـــية الواجبة هذا أمر لا يمكن قبوله وذلك لان الله سبحانه وتعالى جعــل الارث بعد الوصية والدين وعطف الدين على الوصية ، والعطف يقتضى المغايرة ، فكأن الوصية شيىء والدين شىء آخر ، لأن الدين شىء ثابت مقرر فى الذمة معروف القدر والجنس والصفة محدد فيه المدين والأجل الواجب الدفع فيه ، كما أنه قد يكون متولدا من شىء آخر بخـــلاف الوصية وان حدد مقدارها الا أنها يمكن أن تكون من أجناس مختلفة وان لم تعرف هذه الاجناس قبل ذلك •

كما أن الحديث ينص على أنه لا تركة الا بعد سداد الدين ، ويقيبى أن هذا الامر ليس محل نزاع ، وأما الأمانات فانها واجبة الآداء سواء من قبل المؤتمن أو نائبه عملا بقول الله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » (٢٩) • فالمعاملات والامانات اذا كانت الشــهادة عليها فلا يحكم عليه بالعصيان ان لم يوص بها ، أما ان لم تكن عليــه الشهادة ، ولم يعلم بها ففيها اختلاف ، منهم من يقول : يهلك بذلك ، ومنهم من يقول : لا يحكم عليه بالهلاك وأمره الى الله ، ومن قال بهلاكه : لأن ترك الوصية عنده عمدا بمنزلة الجحود لما عليه ، والجاحد لما عليــه كافر ، وكذلك من ادعى ما ليس له ، لقوله عليه السلام « المدعى ما ليس

---

(٢٩) سورة النساء الآية رقم ٥٨ •

له ، والمنكر لما عليه كافران » (٣٠) وعلى قول الآخرين : لا يهلك ما لم يجحــدها ، لأنه انمــا آخــذها بطيب نفس أربابهــا فلا يهلك ما لم يجحدها ، ويدل على ذلك أيضا أن أرباب الأموال يدركونها على الورثة ولو لم يوص بها اذا كانت لها بينة ، والوجه الأول لا يلزم الورثة اذا لم يوص بهـــا •

وأما حقوق الله : كالزكاة والصيام والحج وغير ذلك ، فهى واجبة لا يستطيع أن ينازع فى ذلك أحد ، وليس أدل على ذلك من الخثعمية التى قالت للنبى صلى الله عليه وسلم : « ان أمى ماتت وعليها حج أفاحج عنها قال لها النبى صلى الله عليه وسلم اقضوا فدين الله أحق بالقضاء » فقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم حقوق الله المتأخرة دينا ، والدين كما قلنا آنفا غير الوصية ، لأنه عطف على الوصية ، وتعبير النبى عليـــه الصلاة والسلام بقوله « اقضوا » بصيغة الأمر ، يدل على وجوبه ، كما أن القضاء لا يكون الا لشىء كان ينبغى آداؤه قبل ذلك فتأخر عن وقته فعبر عنه بالقضاء •

فالحقوق التى بينه وبين الله من المغلظات والكفارات والعتــق والأموال التى تنسب لأحد من الناس ، من وجوه الأجر كلها والمسكنة ، ان لم يتنصل من ذلك فى حياته حتى مات ولم يوص بها فقــد عصى ربه وقيل : ان أمره الى الله تبارك وتعالى اذا ترك الوصية بمثل هذا كله ، فلا يحكم عليه بالعصيان •

ولا يسعه نسيان الوصية للاقرب ، ولا نسيان الوصــية بالحــج والزكاة عند بعضهم ، لأن ذلك تضــييع منه ، وكذلك نســيان التعدى وجميع المعاملات عند بعضهم ، لأنه ركب ما هو محظور عليه ، ثم سوف

---

(٣٠) رواه البيهقى والترمذى •

بالتوبة حتى نسى (٣١) فقـال تعـالى « ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم (٣٢) •

٥ ــ بقى أن نقول أن أدلة القائلين بوجوب الوصية والاعتراضات الموجهة اليها ، قد ردت ودفعها يجعل الأدلة مستقيمة ، وقد ثبت أن ابن عمر الذى روى الحديث كانت وصيته مكتوبة دائما عند رأسـه ، وكان يتعهدها بالتنفيذ حال حياته وكلما نفذ شىء كتب غيره ، حتى اذا دنا أجله لم يبق شىء يوصى فيه الا أرث ولده ، لذلك قال : « أما مالى فالله يعلم ما كنت أصنع فيه ، وأما رباعى فلا أحب أن يشارك ولدى فيه أحد » •

ومما تقدم يمكننا أن نقول ان الوصية ، كعمل يقـوم به المكلف تخضع لطلب أو الزام ما فيه كلفة ، يمكن أن تتصف بأنها واجبة ، وهذا فى رأيى هو الغالب ، بعيدة عن حقوق الله والديون والأمانات مثل الدين الثابت فى الذمة بدون بينة لحديث ابن عمر • ويمكن أن تكون منـدوبة اذا رجى الموصى كثرة الأجر • ويمكن أن تكون مباحة فيما اذا استوى فيه الأمران ، أى استوى عنده الحصول على الاجر وعدم الحصول عليه ومثال ذلك الوصية للاغنياء • ويمكن أن تكون مكروهة اذا لم يرجوا فيها أجرا كما لو أوصى بقصد الرياء وكذلك تكره لفقير له ورثة محتاجون لقوله صلى الله عليه وسلم « انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » • ويمكن أن تكون حراما اذا قصد الاضرار بالورثة بأن نوى حرمان أحد الورثة أو انقاص نصيبه لأن فى ذلك اجحـاف بالوارث واغماط لحق قرره الله له ، (٣٣) ومخالفة لما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد « لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » ومادام قد قصد بها الاضرار تعد كبيرة من الكبائر وحيفا لا يرضى الله عنه ولا رسوله ، لما ثبت عن ابن عباس « الاضرار فى

---

(٣١) الايضاح جـ ٨ ص ١٤٨ •
(٣٢) سورة النساء الآية رقم ١٧ •
(٣٣) منار السبيل جـ ٢ ص ٣٧ •

الوصية من الكبائر » (٣٤) رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح، ورواه النسائى ورجاله ثقات ، وتحرم كذلك على من له وارث بزائد على الثلث ، لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك متفق عليه وعن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم ، فجزأهم النبى صلى الله عليه وسلم أثلاثا ، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين، وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا » رواه الجماعة • (٣٥)

وكذلك تحرم لوارث بشىء مطلقا (٣٦) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » وقيل بأنها تصح للوارث مع الحرمة بشرط اجازة الورثة ، لحديث ابن عباس مرفوعا « لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة » (٣٧) وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا نحـــوه ، ولأن المنع لحق الورثة فاذا رضوا باسقاطه نفذ (٣٨) •

---

(٣٤) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٥٩ •
(٣٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٥٩ •
(٣٦) منار السبيل جـ ٢ ص ٣٧ •
(٣٧) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٥ •
(٣٨) منار السبيل جـ ٢ ص ٣٧ •

المبحث الثالث

وصـــية الاحتيــاط

والاحتياط كل ما لم يتيقن به الرجل ، أنه كان عليه وخاف على نفسه أن تكون عليه التباعة فيوصى به ، لان من شأن المسلمين أن يأخــــذوا لأنفسهم الحيطة لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال : « كنـــا ندع سبعين بابا من الحلال مخافة أن نقع فى باب من الحرام » ، وينبغى للمسلم أن يوصى للاحتياط ، لأنه قل من ينجو من تباعة الناس الا من شاء الله اما بالمعاملات واما بالتعدية ،أو يدخل عليه من قبل لســـانه أو من قبل نظر عينيه أو بطش يديه أو سعى رجليه •

قال تعالى : « ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنــــه مســؤلا » (٣٩)

وقال تعالى : « وان كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنـــا حـــاسبين » (٤٠) ووزن الخردلة لا يعلمه الا الله ، وكذلك أيضا مايفسده عبده ومواشيه فى الأموال والأنفس وما يكون عليه من قبـــل العيـــارات والموازين ، والاحتياط انما يخرج من الثلث ، وذهب بعضهم أنه مثـــل الانتصـــــال •

وفى الاثر : وأما ان أوصى لاحتياط رجل مقصود اليه ، فانمـــا تخرج من الكل ، فكل ما أوصى به الميت مما يكال أو يوزن لانتصال أموال الناس أو لاحتياط أموالهم ، فعلى الورثة أن ينفقوا ذلك بعينه •

وأما ما لا يكال ولا يوزن من الأصول كلها من الأشجار والأراضى وما اتصل بها ، فانهم يبيعون ذلك كله بالدنانير والدراهم ، وينفقون ثمنه

---

(٣٩) سورة الاسراء الآية رقم : ٣٦ •

(٤٠) سورة الأنبياء الآية رقم : ٤٧ •

وكذلك ما لا يكال ولا يوزن على هذا الحال ، ومنهم من يقول : ينفقون ذلك كله بعينـــه •

وان كان لرجل على آخر تباعة ، فقال له صاحب التباعة ، لا توص بها فانه ان حضره الموت وصاحب التباعة حى فليس عليه الوصية بهـــا ، لأن صاحب الحق وسع عليه ، وان مات صاحب التباعة قبله فقد انتقلت الى الورثة وعليه الوصية لهم بها ، (٤١) والله أعلم •

(٤١) الايضاح ـ ج ٨ ص ٢١١ •

الفصل الثالث

الفرق بين الوصية وغيرها من العقود

لما كانت الوصية كغيرها من العقود ، تحتاج الى كافة الأركان التى لابد من توافرها فى العقود الأخرى سواء كانت هذه العقود ترد على أعيان أو منافع أو غير ذلك ، ومن ثم لابد فيها من الرضا ، والمحل ، والسبب ، وهذه الأركان تعتبر أركانا عامة توجد فى كل العقود بدون استثناء •

أما الرضا : فلا يمكن أن تنعقد الوصية بدون رضى الموصى فلو اكره على الايصاء بتهديد أيا كان لونه فانه يعد عيبا ينتفى معه الرضا اللازم لانعقاد الوصية ، وذلك لقوله تعالى «يأأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (١) دلت الآية أن التصرف فى الأموال أيا كان نوعه سواء كان بطريق التجارة أو بغيرها لا يحل استعماله أو أكله الا اذا كان قد توافر فيه الرضا •

ولقوله صلى الله عليه وسلم « انما البيع عن تراض » قد دل الحديث على أن البيع وهو أساس العقود — لأن غيره يبنى عليه — لا ينعقد ولا يتم الا اذا توافر فيه ركن التراضى ، وأكثر من هذا وأعم وأشمل منه وأتم ما جاء فى قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال أمرىء مسلم الا بطيب نفس منه » وطيب النفس هو أساس الرضا •

أما المحل وهو الشىء المعقود عليه لابد من وجوده أيضا فى كافة العقود ولما كانت الوصية عقدا من العقود ، كان المحل فيها كسائر العقود لابد وأن يكون موجودا ، أو قابلا للوجود ، ولذلك فلا ينبغى للانسان ان يوصى بما ليس عنده ، كما أنه ليس له أن يبيع ما ليس عنده لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » •

---

(١) سورة النساء الآية رقم : ٢٩ •

أما السبب فلابد وأن يكون مشروعا ، فلو أوصى لانسان بقصد أن يكفيه عن السؤال كان مشروعا ، ولو أوصى لاحد بمال بقصد أن يشرب به خمرا أو يلهى به المسلمين عن ذكر الله لم يصح ، لعدم مشروعية السبب •

واما صفه هذا العقد فله صفتان احدهما قبل الوجود والأخرى بعد الوجود •

الأولى : أما قبل الوجود فهى أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب اليها ومستحبة فى بعض الأحوال وعند بعض الناس الكل واجب •

الثانية : وأما التى هى بعد الوجود فهى أن هذا عقد غير لازم فى حق الموصى حتى يملك الرجوع عند الحنفية مادام حيا لأن الموجود قبل موته مجرد ايجاب وأنه محتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهى بالتبرع أولى كما فى الهبة والصدقة الا التدبير المطلق خاصة فانه لازم لا يحتمل الرجوع أصلا وان كان وصية لانه ايجاب يضاف الى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لأنه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لانه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيد لا يحتمل الرجوع نصا ولكنه يحتمله دلالة بالتمليك من غيره لان العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب • (٢)

وبالرغم من هذا كله نجد أن الوصية تفترق عن هذه العقود كلها بفروق نذكرها على النحو التالى :

الفرق بين الوصية والبيع :

تفترق عن البيع الذى هو أصل العقود ، لان البيع فيه مبادلة مال

---

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧٨ •

بمال أما الوصية فليس فيها مبادلة ، وانما هى تبرع من الموصى دون أن ينظر مقابل من الموصى له ، كما أن التمليك فى البيع يعتبر حال الحياة ، والتمليك فى الوصية مضاف الى ما بعد الموت ، كما أن القبول فى البيع لابد وأن يلتقى مع الايجاب فى مجلس واحد ، أما الوصية فلا يشترط أن يصدر القبول عقب الايجاب بل يكفى عدم الرد من الموصى له •

وان كان البيع يلتقى مع الوصية فى ثبوت الخيار من حيث هو الا أنه فى البيع يفترق عن الوصية ، لكون الخيار فى البيع محدد بمدة لا يمكن تجاوزها ،أما فى الوصية فان الموصى له يمكنه أن يختار عدم الوصية فيردها قبل موت الموصى ، كما أن له الرد بعد الموت دون تحديد مدة •

الفرق بين الوصية والاجارة :

تشترك الوصية مع الاجارة فى أن كلا منهما عقد ، وأن كلا منهما يمكن أن يرد على المنافع ، القياس يأبى جواز الوصية لأنها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو اضافة الى حال قيامه بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أن الشارع أجازها لحاجة الناس اليها لأن الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه الى حاجته الحالى فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى مايستقبل من الزمان وأجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين •

وتفترق الوصية عن الاجارة فى أن الوصية وان وردت على المنافع

الا أنها لا تنتقل الى الموصى له الا بعد الموت ، أما المؤجر يلتزم بنقـل المنفعة الى المستأجر حال حياته وفور الانعقاد ، وأيضا فان الوصية ان وردت على المنفعة فتملكها بدون مقابل بخلاف الاجارة فان المنافع لابد وأن تقـــابل بالأجـــرة •

الفــرق بين الوصـــية والرهن :

تشترك الوصية مع الرهن فى أن كلا منهما عقد تتوافر فيه الأركان العامة وتفترق عنه فى أن الرهن يقدم على سبيل المبادلة للمرتهن ليقابل الدين المضمون أما الوصية فليس فيها مبادلة ، الرهن ينعقـــــد بين الراهن والمرتهن حال حياتهما بخلاف الوصية فانها تنعقد بايجاب الموصى ويؤجل التمليك فيها الى ما بعد الموت ، عقد الرهن لا بد فيه من ارتباط الايجاب بالقبول وعقد الوصية يكفى فيه صدور الايجــاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له ، الرهن لا يشترط فيه الكتابة بل يكفى فيــه القبض لقوله تعالي « فرهان مقبوضة » الآية أما الوصية فيشترط فيها الكتابة لمــا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل لرجل مؤمن بالله واليوم الآخر وله شىء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه » • الحديث •

الفرق بين الوصـــية والشفعة :

تشترك الوصية مع الشفعة فى أن كلا منهما عقد ، وكذلك تشترك الوصية مع الشفعة فى أن الوصية لا تبطل بالرد قبــل موت الموصى ، والشفعة لا تبطل قبل البيع الذى تترتب عليه الشــفعة بجامع عــدم ثبوت الحق للموصى له فى الوصية وللشفيع قبل ثبوت البيع •

وتفترق الوصية عن الشفعة : فى أن الوصية لا تبطل بالرد اجماعا لصدور الايجاب الذى هو السبب وتحقق الموت الذى يعد شرطا فصارت كفسخ العقد الموقوف قبل الاجارة ، فان رد بعد القبول والموت والقبض

لم تبطل اجماعا ، لاستقرار الملك وقبل القبض وجهان ، أصحهما أنها لا تبطل اذ الملك مستقر والقبض غير معتبر لتحقق السبب والشرط وقيل تبطل اذ هو حق غير مستقر حتى يقبض أما الشفعة فانها يمكن أن تسقط بعد العقد فافترقت عن الوصية (٣) •

الفرق بين الوصية والوقف :

تشترك الوصية مع الوقف فى عدة أمور : منها أن كلا منهما عقد يحتاج الى ما يحتاج اليه الآخر من الأركان العامة ، وأيضا أن كلا منهما المقصود منه البر والحصول على الثواب ، وايصال الخير للغير •

وتختلف الوصية عن الوقف فى أمور منها :

أن الواقف يوقف الأصل حال حياته وينتفع الموقوف عليه حال حياة الواقف ويمكن أن يمتد نفعه بعد الموت ، أما الوصية فان الملك لا ينتقل الا بعد موت الموصى ، ويختلف الوقف عن الوصية أيضا : أن الشىء الموقوف لا يخرج عن ملك الواقف بعد الوقف أما الموصى به فانه يخرج عن ملك الموصى بعد موته ، وكذلك قد يكون الوقف لمدة يحددها الواقف بخلاف الوصية فان الموصى يمكنه أن يحدد الشخص دون تحديد مدة ، الوقف يرد على الانتفاع بالموقوف فقط ، أما الوصية فانها ترد على الأعيان والمنافع ، ان الموصى له بعد انتقال الموصى به الى ملكه يستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرف استغلالا واستعمالا وسكنة وغير ذلك ، أما الموقوف عليه فليس له أن ينتفع الا مقدار المدة التى يحددها الواقف ويخضع للون معين من التصرف كما يحدده الواقف •

الفرق بين الوصية والهبة :

تشترك الوصية مع الهبة : فى أن كلا منهما عقد ، وكذلك أن كلا

---

(٣) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٥ •

منهمـا تمليك ، أى أن الموصى والواهب كلاهمـا يريد أن يملك غيره ، ويشتركان فى أن التمليك فيهما تبرع بدون مقابل ، وأن كلا منهما ينعقد بالايجاب ويقصد من كل منهما أن يزيد الواهب والموصى صلته بغيره ، وكل منهمـا يمكن وكذا كل من الموصى به والموهوب لا يدخلان فى ملك الموهوب له أو الموصى له قهرا •

وتفترق الوصية عن الهبة : فى أن التمليك فى الوصية مضاف الى ما بعد الموت لأن الموصى له لا يملك حال حياة الموصى ، وانمـا يملك الموصى به بعد موته ، أما الهبة فان الواهب يملك الموهـوب له حال حياته ، وتختلف الهبة عن الوصية فى أن الهبة تبطل بعدم قبول الموهوب له حال حياة الواهب ، لأنه لا يمكن ادخال الموهوب فى ملك الموهوب له الا بعد قبوله بخلاف الوصية فانها لا تبطل برد الموصى له حال حيـاة الموصى ، لأنه لم يثبت له حق فى حياة الموصى ، قياسا على ابطـال الشفعة قبل بيع المشفوع فيه بجامع عدم ثبوت الحق فى كل منهمـا ، وتفترق الوصية عن الهبة : فى أن الوصية لا يمكن أن تكون بعوض سواء كان معلوما أو مجهولا ، حتى ولو اشترط العوض فلا تنقلب بيعـا لأن البيع يقتضى التمليك ، والتمليك فى الوصية مضاف الى ما بعـد الموت ، أما الهبة فهى فى الأصل لا يمكن أن تكون بعوض ، فان شرط فيها عوض فلا يخلو اما أن يكون معلوما أو مجهولا ، فان علم العوض كانت بيعا وذلك لأن البيع تمليك بعوض معلوم وهذا حملا لكلام العقلاء على ما به يصح أولى من حمله على ما به يبطل ، وسيرا لمضمون القاعدة الفقهية أن العبرة فى صيغ العقود بمعانيها ، أما اذا لم يكن العوض معلوما كانت بيعا فاسدا لجهالة العوض ، فان قبضـها الموهوب له وهلكت ضمنها بقيمتها ان كانت متقومة وبمثلها ان كانت مثلية (٤) •

---

(٤) الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ ٦ ص ٥ •

الفرق بين الوصية والزكاة :

تشترك الوصية مع الزكاة فى أن كلا منهما يتقرب بها الى الله ، كما يشتركان فى تحصيل الثواب وزيادة الأجر ، وتعد كل منهما عبادة ، كما أن الزكاة والوصية محدودان بقدر لا يمكن تجاوزه وهو العشر أو نصفه والمقادير الواجبة فى الأنصبة على اختلاف أنواعها وكذلك الوصية محدودة بالثلث فلا يمكن تجاوزه الا باجازة الورثة •

وتختلف الوصية عن الزكاة : فى أن الوصية اخراجها مضاف الى ما بعد الموت أما الزكاة فان اخراجها حال حياة المزكى ، الزكاة فريضة وركن من أركان الاسلام ومن لم يخرجها يوصف بالتقصير ويأثم ، أما الوصية فليست فريضة الا عند الظاهرية الذين يرون أنها فرض على من ترك مالا وله قريب غير وارث ، وكذلك الشيعة ، فعند غير من ذكر تعتبر مندوبة ولا يوصف بالتقصير من لم يوص كما أنه لا يأثم ، والزكاة قد تؤول الى الوصية متى أهمل المسلم اخراجها ومات ولم يزك فانه يتعين عليه أن يوصى قبل موته باخراج زكاته وان لم يوص يخرج الورثة ان علموا تقصيره •

الفرق بين الوصية والميراث :

تشترك الوصية مع الارث فى أن كلا منهما تمليك مضاف الى ما بعد الموت وتختلف الوصية عن الميراث : فى أن الوصية عقد لا بد فيه من ايجاب الموصى أما الارث فليس عقدا ، النصيب فى الوصية وهو الموصى به تقديره متروك للموصى وان كان قد جعل حده الأقصى مقدرا بالثلث لا يمكن تجاوزه الا باجازة الورثة ، أما النصيب فى الارث فقد جعل مقدرا بتقدير الله عز وجل ، ولا يمكن تجاوز هذا التقدير ، الموصى به لا يدخل فى ملك الموصى له الا بعد قبوله ، أما الارث فانه لا يحتاج الى قبول الوارث ، الموصى به لا يدخل فى ملك الموصى له قهرا ، والارث يدخل فى ملك الوارث قهرا • الوصية مشروطة بأن تكون لغير الوارث الا اذا أجازت الورثة •

الفرق بين الوصـــية والنــذر :

تشترك الوصية مع النذر فى أن كلا منهما يأخذ صفة العقد ومن ثم يلزم الوفاء بهذا العقد عملا بقوله تعـــالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (٥) • ويشتركان فى أن الموصى هو الذى يلزم نفســه بشىء لم يكن يلتزم به وكذلك النذر فان الناذر هو الذى يلزم نفسه بشىء لم يكن لازما فى ذمتــه •

ويفترقان فى أن الوصية التمليك فيها مضاف الى ما بعد الموت ، وأما النذر فتمليك المنــذور يكون حال حياة الناذر ، وكذا يجـوز فى الوصية الرجوع عنها حال حياة الموصى وبعد موته اذا لم يقبل الموصى له ، أما النذر فانه لا يمكن الرجوع عنه لأن الناذر ألزم نفسه بمــا لم يكن لازما له وأيضا الوصية لا يلزم فيها التنفيذ على الفور لأن تنفيذها مضاف الى ما بعد موت الموصى ، أما النذر فانه يلزم فيه الفـــــورية لتقيده بنص الناذر وايجابه على نفســه وذلك لقوله تعالى « وليوفوا نذورهم» (٦) ، والوصية لابد فيها من التسمية للموصى به ويكون محددا بالثلث ، أما النذر فيمكن أن يكون بمسمى وبغير مسمى ، ومن نذر بغير مسمى فعليه كفارة يمين لقوله : صلى الله عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ومن نذر ولم يسم فكفارته كفارة يمين » •

الفرق بين الوصـــية والعطية :

تشترك الوصية مع العطية فى أن كلا منهما تبرع ، يشترط أن يكون صادرا من أهله فى محله ، كما يشتركان فى أن كلا منهما يمكن أن يرد على الأعيان والمنافع ، وحكم العطايا فى مرض الموت المخوف حكم الوصــية فى خمســـة أشـــياء :

---

(٥) سورة المائدة الآية رقم : ١ •
(٦) سورة الحج الآية رقم :

١ — أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث واجازة الورثة .

٢ — أنها لا تصح لوارث الا باجازة بقية الورثة .

٣ — أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحة ولأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة قال : « أن تصدق وأنت صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان » متفق عليه ولفظه قال : رجل يا رسول الله أى الصدقة أفضل (٧) .

٤ — أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث .

٥ — أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله (٨) .

وتفترق الوصية عن العطية فى ستة أمور :

١ — أن العطية لازمة فى حق المعطى ليس له الرجوع فيها وان كثرت ولأن المنع على الزيادة من الثلث انما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك اجازتها ولا ردها وانما كان له الرجوع فى الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك اجازتها ولا ردها وانما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية ، بخلاف العطية فى المرض فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية اذا قبلت بعد الموت وقبضت .

٢ — أن قبولها على الفور فى حال حياة المعطى وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها الا بعد الموت لما ذكرنا من أن العطية تصرف فى الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت .

---

(٧) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٧٣ .
(٨) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٧٢ .

٣ ــ أن العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها فى الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط الغرر فى غير العتق والوصية بخلافه •

٤ ــ أنها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعى (٩) وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر الا فى العتق فانه حكى عنهم تقديمه لأن العتق يتعلق به حق الله ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه (١٠) وعند الحنابلة العطية لازمة فى حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تساوى الحقان (١١) •

٥ ــ ان العطايا اذا عجز العتق عن جمعها بدىء بالأول سواء كان الأول عتقا أو غيره وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة الجميع سواء اذا كانت من جنس واحد وان كانت أجناسا وكانت المحاباة متقدمة قدمت ، وان تأخرت سوى بينها وبين العتق ، وانما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت اذا تقدمت كقضاء الدين ، واذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد يقدم العتق تقدم أو تأخر •

وقال الحنابلة(١٢) : أنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محاباة عند أبى حنيفة أو عتقا عند صاحبه ، لأن العطية المنجزة لازمة فى حق المعطى فاذا كانت خارجة من الثلث لزمت الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزمها فى حق المعطى لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فانها غير لازمة فى حقه وانما

---

(٩) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٥١ •
(١٠) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٩٦ •
(١١) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٧٣ •
(١٢) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٧٣ ــ ٧٤ •

تلزم بالموت فى حالة واحدة فاستويا لاستوائهما فى حال لزومهما بخلاف المنجزتين ، وما قاله فى المحاباة غير صحيح فانها بمنزلة الهبة ، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث ، فاما ان وقعت دفعة واحدة كما لو أوكل جماعة هذه التبرعات فأوقعوا دفعة واحدة فان كانت كلها عتقا أقرعنا بينهما فكملنا العتق كله فى بعضهم،وان كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنها تساووا فى الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وانما خولف هذا الأصل فى العتق لحديث عمران بن حصين ولأن القصد بالعتق يكمل الاحكام ولا تكمل الاحكام الا بتكمل العتق بخلاف غيره ولأن فى قسمة العتق عليهم اضرارا بالورثة والميت وغيره ففيه روايتان :

احداهما : أن يقدم العتق لتأكده •

والثانية : يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت فى اسحقاقها فتساوت فى تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لأن استحقاقها حصل فى حالة واحدة •

٦ — أن الواهب اذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة ان شاءوا قبضوا وان شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم (١٣) •

---

(١٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٠ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٣ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٦ ص ١٩٦ — ١٩٩ •

المبحث الثـــانى

تكييف تنفيذ الوصـــية

لمـــا كان الموصى يوصى وهو حى ، وتصح عبارته ، الا أن تنفيـــذ الوصية يضاف الى ما بعد الموت ، فكان لا بد من ايجاد وصف لتنفيـــذ هذه الوصية لأن الموصى لا يقوم بتنفيذها بنفسه ، وانما يتولى تنفيذها غيره نيابة عنه ، ويعتبر تصرف المنفذ امتدادا لتصرف الوصى ، بمقتضى العبارة الصادرة من الموصى ومن ثم كان علينا أن نذكر وصفا دقيقـــا لهذا التنفيذ ، هل يعتبر وكالة أو يعتبر نيابة ؟ ولذلك كان علينـــا أن نذكر تعريف الوكالة وبعض تصرفات الوكيل ، وبعض تصرفات النائب ، ومدى ادخال هذا التنفيذ تحت بعض هذه التصرفات حتى يأخذ حكمها .

والوكالة هى : اســـتنابة جـــائز التصرف مثله ، فيما تدخله النيـــــابة (١٤) . والمقصود بالانابة هنا أعم وأشمل حتى يدخل فيه حقوق العباد وحقوق الله وتصح الوكالة بكل قول يدل على الاذن — أى ايجاب الوكالة بكل قول يدل على الاذن فى التصرف بلا خلاف — كافعل أو أذنت لك فى فعله ، ونحوه — أى تصح بنحو كأقمتك مقـــامى أو فوضت اليك فى كذا ، أو جعلتك نائبا عنى ، لأنه لفظ دال عـــلى الاذن فصح ، كلفظها الصريح ، وتصح مؤقتة ، ومعلقة بشرط أى وتصـــح الوكالة مؤقتة كأنك وكيلى شهرا ، ونحوه ، قال فى الانصاف بلا نزاع وتصح معلقة بشرط ، كاذا تمت مدة الاجارة فى دارى فبعها ، ونحـــوه على الصحيح وهو مذهب أبى حنيفة — كوصية واباحة أكل ، وولاية قضاء وامارة — أى تصح تعليق الوكالة وتوقيتها كما يصح تعليق هذه المذكورات وتوقيتها بشرط ، كقوله : اذا قدم الحاج فبع هـــذا ، أو اذا دخل رمضان فافعل كذا أو اذا طلب أهلى منك شيئا فادفعه لهم ، ونحوه

---

(١٤) حاشية الروض المربع جـ ٦ ص ٢٠٣ .

مما يصلح معلقا ، ومؤقتا بشرط وعند الشافعي ان تصرف صح لوجود الاذن ، وثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال : « أميركم زيد ، فان قتل فجعفر ، فان قتل فابن رواحة » ولأنه لو قال وكلتك فى شراء كذا وكذا ، فى وقت كذا ، صح بلا خلاف ، وقال ابن القيم رحمه الله : يصح تعليق الوكالة بالشرط ، كما يصح تعليق الولاية بالشرط كما صحت بالسنة ، بل تعليق الوكالة أولى بالجواز ، فان الولى وكيل وكالة عامة ، فانه انما يتصرف نيابة عن المولى له فوكالته أعم من وكالة الوكيل فى الشىء المعين ، فاذا صح تعليقها ، فتعليق الوكالة الخاصة أولى بالصحة ، قال : وقد شرع الله لعباده التعليق بالشرط ، فى كل موضع يحتاج اليه العبد ، حتى بينه وبين ربه ، وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو اليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه المكلف ، وقد علق النبى صلى الله عليه وسلم ولاية الامارة بالشروط ، وهذا تنبيه على تعليق الحكم فى كل ولاية ، وعلى تعليق الوكالة الخاصة والعامة (١٥) .

وعلى ذلك تعتبر الوصية وكالة معلقة على شرط موت الموصى لأنه لا يمكن تنفيذ الوصية الا بموت الموصى ، واذا كان الوارث هو الذى يتولى تنفيذ الوصية أى يقدم الموصى به للموصى له فكأنه وكيل عن الموصى وكأن عبارة الموصى فى ايجابه تضمنت من قبيل دلالة التضمن توكيل الوارث فى القيام بالتنفيذ وهذا يعتبر من قبيل الوكالة الخاصة ، لأن أمر تنفيذ الوصية يختص بهذا العقد دون غيره ، وقد لا يثق فى وارثه فى التنفيذ فينص فى عقد ايجاب الوصية على من يقوم بتنفيذها شخص ما ويذكر اسمه ومن تعيين الموصى لهذا الشخص لا يتولى تنفيذها غيره ، ويقدم على الوارث لاختيار الموصى له ، وهذا يعتبر من قبيل الوكالة الخاصة .

---

(١٥) حاشية الروض المربع جـ ٦ ص ٢٠٤ .

وان كان صاحب البحر الزخار (١٦) لم يوافق على هـذا الرأى وانما جعل تنفيذ الوصية أمر يتردد بين الوكالة والولاية بل جعلها الى الولاية أقرب حيث قال : الوصاية نيابة تشبه الولاية ، اذ يتصرف برأى نفسه فكأن تنفيذها بعد الموت وان كان يقوم به غيره الا أن هذا التنفيذ امتداد لا يجلبه حال الحياة لبنائه عليه — ويوصى فيما هو وصى فيه — وان لم يؤاذن وتشبه الوكالة لافتقارها الى أمر الموصى وصحة عـزله فى الحياة وهو بالولاية أشبه اذ لا يتصرف الا بعد الموت ، وبه ترتفـع الوكالة ، واذ لا يصح عزل نفسه بعد الموت وبه ترتفع الوكالة قياسا على الامام بعد الدعوة ، وكالأب وللولى عزل نفسه قبل موت الموصى اجماعا ، فأما بعده ففيه الخلاف .

هذا كله فيما لو أوصى الموصى لوصى بالتصرف سـواء كان فى حياته أو بعد موته ، وقد ورد فى ذلك عدة مسائل وفروع اختلفت فيها الأقوال وترددت كلها فى جعل هذه الوصية نيابة أو وكالة هذه المسائل نذكرها على النحو التالى :

مسألة : ويعتبر قبول الوصى اجماعا كالموصى له ، اذ هو اذن فى التصرف ، وله الرجوع ما لم يمت الموصى ، اذ لا يسـتقر الا بموته كالوكيـل .

فرع : فان قبل بعد موته فلا رجوع الا أن يعجز أو يعتـرف بالعجز ، وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه والقاسـمية من أهل البيت ، واشترط أبو حنيفة وحده أن يكون الأمر قد رفع الى الحـاكم ، قال صاحب البحر الزخار : وهو قريب الى ما قال به الشافعى ومذهب زيد.

---

(١٦) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار جـ ٦ ص ٣٠٤ .

من الشيعة ، بل له الرجوع كالوكيل قال صاحب البحر : هى ولاية ولذلك فلا يصح الرجوع حتى ولو اعترف بالعجز الا أن يظهر عجـزه فعلا ويبدو واضحا للجميع فلا يمكن انكار عجزه ، أما ان اعتـرف بالعجز دون أن يظهر فقد يكون اعترافه تهربا من القيام بما أوصى به ، ودليل ذلك أن الوصية تعتبر ولاية كولاية الأب ، وقد رجع المؤيد بالله والمذهب الزيدى والامام يحيى من الشيعة بأنهـا وكالة حيث قالوا : القبول بالفعل كالوكالة ، وقيل لا : اذ هى عقد كالبيع : قلنا هى بالوكالة أشبه ، وفى صحة قبوله فى الحياة وجهان ، أصحهما يصـح كالوكالة وقيل : لا ، اذ لا تصرف فيها ، فكذا القبول ، واذا صح القبـول ففى صحة عزل نفسه وجهان ، لا يصح ، اذ لم يستقر كقبل القبول، والأصح أنه يصح ، والقاسمية من أهل البيت لكن فى وجه الموصى ، اذ هى نيابة كالوكالة ، ـــ الشافعى ـــ لا يعتبر كالطلاق ، قلنا هى بالوكالة أشبه ، وقال المؤيد بالله وأهل المذهب الزيدى والامام يحيى ولا يصح القبـول بعد الرد ولو بعد الموت كقبله وهذا قول أبى طالب وأبى حنيفة بل يصح، قلنا : الرد يبطل العقد فلا ينعقد الا بالاستئناف ، قال الامام يحيى وتعم المطلقة بلا خلاف اذ هو المعهـود فى الوصـــاية ، لا الوكالة المعـــرفة أيضـــا .

وقال أبو طالب وأبو العباس ، وأبو حنيفة ، وأحد قـــولى المؤيد بالله وأبو يوسف فان سمى معينا عمت أيضا ما لم يحجر عن غيره ، اذ هى ولاية مستقرة بموت الموصى ، لا بلفظه فعمت كالأب ـــ وقال القاسم والمؤيد بالله والشافعى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف بل تخص بما خص كالوكالة ، قلت وهو قوى ، وقال أصـــحاب المذهب الزيدى وأبو حنيفة ولا يعتبر المجلس فى قبولها كالوكالة ـــ الشـــافعى ـــ بل يعتبر كما مر (١٧) .

---

(١٧) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٣٠ .

أركان الوصـــــية

أركان : جمع ركن ، والركن هو ما كان داخلا فى الماهيـــة بحيث اذا فقـد ترتب عليه ضـياع المـاهية وذهاب الحقيقة ، لأن ماهيـة الشىء تتكون من أركان وشروط ، والشرط عندئذ هو ما كان خارجا من الماهية ، ويمكن أن يكون الركن هو ما به قيام الشىء ، ويمكن أن يكون الركن والسبب بمعنى واحد فيكون حينئذ ما يلزم من وجوده الوجـود ومن عدمه العـدم لذاته •

وأركان الوصية هى التى لا بد من توافرها لوجود عقد الوصية ، وللركن شرائط ترجع الى نفس الركن ، فهو أن يكون القبول موافقـا للايجاب ، فان خالف الايجاب لم يصح القبول ، لأنه اذا خالفه لم يرتبط فبقى الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن ، وبيـان ذلك اذا قال : لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما فقبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخـر لم يصح القبول لأنه أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل واحد منهمـا بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لو قبلا فاذا رد أحدهما لم يوجـد الشرط وهو قبولهما جميعا فبطلت الوصية ، ولو أوصى بها لانسان ثم أوصى بها لآخر فقبل أحدهما الوصـية بعد الموت ورد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لأنه أوصى لكل واحد منهما عـلى حياله فلا يشترط اجتماعهما فى القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن فى حقه بل بطل الايجاب فى حقه فعاد نصيـبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضى بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشترى ولا يكون للشفيع الآخر •

---

(١٨) بدائع الصـنائع جـ ٧ ص ٣٣٤ الطبعة الثـانية (بيروت) •

أما أركان الوصية فتنحصر فيما يأتى :

الموصى ، الموصى له ، الموصى به ، صيغة الوصية ، والكتابة وتعداد هذه الأركان ليس محل اتفاق بين الفقهاء بل من الفقهـاء من عد أركان الوصية ثلاثة ، وحصرها فى الموصى والموصى له والموصى به (١٩) •

وان غالبية الفقهاء يكاد أن يجمعوا على أن أركان الوصية أربعـة الموصى ، والموصى له ، والموصى به ، والصيغة •

---

(١٩) قوانين الأحكام الفقهية لابن جزى ص ٤٢٧ •

الباب الثانى

الركن الأول : الموصى

الفصل الأول : الشروط الواجب توافرها فى الموصى •

الفصل الثانى : ما لا يشترط فى الموصى •

الفصل الأول

الشروط الواجب توافرها فى الموصى

تعريف الموصى :

وهو كل شخص يقوم بالايصاء ، ويعتبر هذا ايجاب لا بد من وجوده لأنه هو الذى ينشىء العقد ، والايجاب هو ما صدر أولا ، والموصى بايجابه على نفسه شىء لم يوجبه عليه أحد ، ولما كان هو الذى يوجب على نفسه كان لا بد من توافر عدة شروط وهى على سبيل الحصر ، أن يكون من أهل التبرع والعقل ، والحرية ، ورضى الموصى ، وألا يكون على الموصى دين مستغرق لجميع التركة ، وسنتكلم عن هذه الشروط بالتفصيل ثم نتبعها بما لا يشترط فى الموصى •

الشرط الأول : أن يكون من أهل التبرع :

يشترط فى الموصى أن يكون من أهل التبرع فى الوصية بالمال وغيره لأن الوصية بذلك تبرع بايجابه بعد موته فلابد من أهلية التبرع، ولما كانت الأهلية المشترطة أمر شامل لأهلية الوجوب ، وأهلية الآداء ، ولذلك فالصبى هل توجد لديه الأهلية اللازمة للتبرع ؟ وللاجابة على ذلك نقول : ان الصبى قبل التمييز لا توجد لديه أهلية للتبرع اجماعا ومن ثم فلا تصح وصيته لأنها تبرع محض ويعد من قبيل التصرفات الضارة ضررا محضا وان كان أثر هذا التصرف يضاف الى ما بعد الموت الا أن العمر لا يضمن وقد يموت وهو دون البلوغ ومن ثم فان وصيته لا تصح لعدم أهليته وصلاحية ايجابه لانتاج أثاره ، وهذا قول أكثر

أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ، ومالك والاوزاعى ، والشافعى وأصحاب الرأى ومن تبعهم من الحنابلة والظاهرية والشيعة ولا نعلم أحدا خالفهم الا اياس بن معاوية قال : اذا وافقت وصيته الحق جازت، وهذا الرأى ليس بسديد وعلة ذلك أنه لا حكم لكلامه ولا تصح عبارته ولا شىء من تصرفاته فكذا الوصية ، بل هى أولى بعدم الصحة فانه اذا لم يصح اسلامه وصلاته التى هى محض نفع لا ضرر فيها فلان لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى ، ولانها تصرف يفتقر الى ايجاب وقبول فلا يصح منه كالبيع والهبة • (١)

أما اذا بلغ سن التمييز وهو السابعة الى ما قبل البلوغ — وقد حدد التمييز بسن السابعة من قبيل الشرع وليس من قبيل الافراد وذلك لقوله : صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم للصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » فقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم بداية سن التمييز من السابعة ، ولذلك لم يجعل الأمر متجها مباشرة الى الصبيان وانما جعل الأمر متجها الى الاولياء ، والاولياء هم الذين يباشرون توجيههم وارشادهم — وهذا السن يوجد لدى الطفل أهلية وجوب وان كانت قاصرة وتصرفاته لا تخلو اما أن تكون نافعة نفعا محضا مثل قبوله الهبات ، وهذا صحيح من الصبى المميز ، لأنه يسرى ذمته ويكون فيها عنصرا ايجابيا ، أو يكون التصرف دائرا بين النفع والضرر كبيعه بعض ماله أو ايجارته أو غير ذلك ، وهذا التصرف يتوقف على اجازة وليه ، فان أجاز جاز والا بطل ، أو يكون تصرفه ضارا ضررا محضا كهبته بعض ماله حال حياته أو وصيته به وان كانت تضاف الى ما بعد الموت • وهذا التصرف وخصوصا وصية الصبى المميز قد وقع فى صحتها وعدمه خلاف بين الفقهاء نذكره فيما يأتى :

الرأى الأول : أنه تجوز وصية الصبى بعد التمييز وقبل البلوغ

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٢ •

وقد قال بهذا الرأى على الاطلاق الشعبى ، والزهـــرى ، وشريح ، وابراهيم النخعى ، ومن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن ابن مسعود أنه أجاز وصية الصبى ، وصح عن عمر بن عبد العزيز وهو قول الليث بن سعد (٢) ، وهو قول للشافعى كما نص عليه فى الامــلاء (٣) ووافقهم على ذلك الحنابلة • (٤)

وعند المالكية : لم يبيحوا وصية المميز فى بداية سن التمييز •

واختلفوا فى تحديد السن الذى تجوز وصية الصبى المميز فيه ، فقال فى المدونة : (٥) تجوز وصية الصبى المميز ابن عشر سنين وأقــل مما يقاربها ، وروى ابن وهب أن ابن أبان ابن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع ، وهذا القول هو الذى صدر به فى التوضيح والشامل وعليه اقتصر صاحب اللباب ونصه وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها • (٦)

الرأى الثانى : أن وصية الصبى المميز لا تجوز الا بعد البلوغ ، وقد قال بهذا الرأى ابن عباس ، والحســـن البصرى ، ورواية عن ابراهيم النخعى ، وهو قول أبى حنيفة (٧) وقول الشافعى (٨) ، وأبى سليمان وأصحابهم من أهل الظاهر (٩) والشيعة • (١٠)

---

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٠ رقم المسئلة ١٧٦٢ •
(٣) مغنى المحتاج شرح معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣٩ •
(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٢ • منار السبيل جـ ٢ ص ٣٥ •
(٥) المدونة الكبرى للامام مالك جـ ٦ ص ٣٢ •
(٦) مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ص ٣٦٤ •
(٧) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٤ •
(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ •
(٩) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٠ •
(١٠) الايضاح جـ ٨ ص ١٥٧ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٦ •

الأدلـــة

واستدل أصحاب القول الأول : القائلين بجـواز وصـية الصبى المميز بالكتاب والسنة والمعقول •

أما الكتـــاب :

قول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبـدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » (١١) • وجه الدلالة أن قول الله تعالى « وافعلوا الخير » أمر بفعل الخير ، والخير لفظ عام ، يشمل كل ما يفعل تقربا الى الله ويدخل فى جملته الوصية ، كما أن المأمور بالفعل عام يشمل كل من يقع منه الفعل سواء كان ذكرا أو أنثى قبل البلـوغ وبعده من غير تحديد سن •

وقوله تعالى فى آية المواريث « من بعد وصـية يوصى بهـا أو دين » (١٢) فهذه الآية وغيرها من الآيات التى وردت بشأن الوصية جاءت عامة من غير تحديد بسن معين ، والعموم يظل على عمومه حتى يرد دليل على التخصيص ولم يرد فبقى العموم •

أمـا السـنة :

فقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة أم المؤمنين وهى بنت تسع سنين ، وبنائه بها فى هذا السـن يدل على صـلاحية مثلها للوصية •

ومن الأثر : المروى عن طريق مالك عن عبد الله بن أبى بكـر بن محمد بن عمرو ابن حزم عن أبيه عن عمر بن سليم الزرقى عن أمه أن صبيا من غسـان أوصى الى اخواله فرفع الى عمر بن الخطاب فأجاز

---

(١١) سورة الحج الآية رقم :٧٧ •

(١٢) سورة النساء : تقدم تخريجها •

وصيته وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر • وهذا الحكم من عمر رضى الله عنه كان بحضرة الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فيعــد ذلك من قبيل الاجماع •

ومن القيـــاس :

ان صلاة المميز جائزة وكذلك صيامه ، فلا تمنع وصيته أيضا بجامع أن كلا منهما تطوع ، كما يعد أن كلا منهما من قبيل فعل الخير ، وبالثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم اذ سألته المرأة عن الصغير أله حج ؟ فقال : عليه الصلاة والسلام نعم ولك أجر ، فالوصية كذلك ، ولان فيه نظر له بتحصيل التقرب الى الله ولو لم ينفذ يبقى ملكا لغيره ، ولا نظر له فيه وهذا لأن المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فتنفذ ، ولأن الوصية أخت الميراث والصبى فى الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا فى الوصية • (١٣)

أدلة أصحاب الرأى الثانى : القائلين بعدم صحة وصية الصــبى المميـــز :

من الكتـــاب والسنة :

أولا : الكتاب : قول الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم •••• فادفعــوا اليهــم أموالهــم » (١٤)

وجه الدلالة من الآية : أن الله سبحانه وتعالى ذكر فى هـــذه الآية نهى وأمر النهى : هو نهى الولى عن اعطاء السفيه ماله والمحافظة عليه وتمام مسئوليته عنه حيث جعل مال السفيه كأنه مال الولى حيث جاء

(١٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٥ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣١
(١٤) سورة النساء الآية رقم : ٥ ، ٦ •

فى التعبير القرآنى نسبة المال الى الولى ، ونسبته الى الولى يفيد أنه قيم عليه فجعل مال السفيه كأنه مال الولى فى المحافظة عليه ، ولا يعطيه منه الا بقدر الحاجة المتعارف عليها ، وأما الأمر : هو اختيار اليتيم لأن الابتلاء معناه الاختبار والمطلوب من ولى اليتيم المحـافظة على ماله وحسن تربيته وتمام مسئوليته عنه ، ولا يعطى اليتيم ماله الا اذا رأى منه الرشد ، والمقصود به هنا ، الصلاحية فى الدين ، ولا صلاحية الا بالبلوغ ، لان به مناط التكليف ، وان فسر الرشد بأنه الصلاحية للتصرف فى المال ، فان المقياس الذى يثبت بمقتضاه صلاحية التصرف هو البلوغ أيضا ، كما أن الفقهاء اشترطوا أن يكون بالغا رشيدا وكان دفع المال الى اليتيـم مرتبط بايناس الرشـــد ، فاذا لم يوجـد الرشـــد لا يدفع اليه المـال ، واليتيم المراد به فى الآية هو الذى لم يبلغ ، وكأن المراد هو الصبى المميز ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعـــد البلوغ » (١٥) ومن مجموع النهى والامر يتضح أن الوصية من اليتيم حال تمييزه لا تصح ولا تقبل .

ومن السـنة :

ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق ، والصـبى حتى يبلغ » (١٦) دل الحديث على أن القلم مرفوع عن الثلاثة المذكورين فى الحديث ، ورفع القلم المقصود منه رفع التكليف ، وهذا يفيـــد أن تصرفاتهم غير معتبرة ولا يعتد بها وقد نص هذا الحديث عن الصـبى صراحة فأفاد أن الوصية لا تصح لانعدام تكليفه .

أما القيـاس :

ان الصغير والأحمق الذى لا يميز ممنوعان من مالهما ، ووصـية

---

(١٥) سنن أبى داود جـ ٣ ص ٢٩٣ (١٦)

الأحمق الذى لا يميز لا تجوز ، فالصغير كذلك ، لأن القضـــية الأولى متفق عليها • (١٧)

وقد رد هؤلاء على أصحاب القول الأول القائلين بجواز وصـــية المميز • ردوا على الآيات التى استدلوا بها حيث قالوا : أما قوله تعالى: « وافعلوا الخير » وقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فان من لم يبلغ غير مخاطب بشيء من الشرائع لا بفرض ولا بتحريم ولا ندب ولا داخلا فى هذا الخطاب لكن الله تعالى تفضل عليه بقبول أعماله التى هى أعمال البر ببدنه دون أن يلزمه ذلك ، وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن القلم مرفوع عن الصبى حتى يبلغ فصح أنه غـــير مخاطب فبطل التعلق بالآيتين المذكورتين •

وقد ردوا على دخول النبى صلى الله عليه وســـلم بعـــائشة أم المؤمنين وهى بنت تسع سنين حيث قالوا : وصح أن عليه الصـــلاة والسلام تزوجها وهى بنت ست سنين فأجيزوا وصية ابن ست سنين بذلك وهذا كله لا مدخل له فى الوصية أصلا •

وقد ردوا على الأثر المروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قالوا ان فعل عمر بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يقال بالرأى فلا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أنها لا تصح عن عمر ، ولا أبن مسعود لأن أم عمرو بن سليم مجهولة ، وعمرو بن سليم لم يدرك عمر ولا يدرى من رواه عن ابن مسعود ، وقد خالفها ابن عباس والرواية عنهم كلهم فى ذلك لا تصح وكم قضية خالفوا فيهـــا عمر بن الخطاب ولا يعرف له فيهـــا مخـــالف من الصـــحابة رضى الله عنهـــم •

---

(١٧) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٢ •
(١٨) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٢ •

وان صح ما روى عن عمر رضى الله عنه فيمكن حملـــه على أن الصبى قد أوصى بتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى فى مثله جائزة عند الجمهور لأنه يثبت من غير وصية •

وأما قولهم يحصل له عوض وهو الثواب فمسلم لكنه ليس بعوض دنيوى فلا يملكه الصبى كالصدقة مع أن هذا فى حد التعارض لأنه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى فى بعض الأموال، سواء مات قبل الادراك أو بعده لأنها وقعت باطله فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستئناف وسواء كان الصبى مأذونا فى التجـــارة أو محجورا لأن الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المـــال بالمال ، ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بأن قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر فى ايجاب الحكم بعد الموت • (١٩)

وأما قوله عليه الصلاة والسلام فى الصغير له حج فنعم هو حق وليس فى ذلك اطلاقه على التقرب بالمال والصدقة به لا فى حياته ولا فى وصيته بعد وفاته فبطل تعلقهم بهذا الخبر •

وأما القياس : قال ابن حزم : باطل ، ثم لو كان القياس حقـــا لكان هـــذا منه عين الباطل لأنهم لم يقيســـوا الصدقة فى الحياة من الصغير على الحج منه فقياس الوصية بالمـــال على الصدقة بالمال أولى أن يكون لو كان القياس حقا من قياس الوصية على الحج والصلاة •

الرأى الراجـــح :

والراجح لدينا هو جواز صحة وصية الصبى وذلك لعدة أسباب :

١ ــ أن الصبى المميز يعقل التصرفات ، ويعـــرف ما ينفعـــه وما يضره ، والحكم بابطال وصيته يعتبر اهدارا لتصرفه ، وكأننا نسوى

---

(١٩) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٤ •

بينه وهو فى تمييزه بحالته قبل التمييز ، وهما لا يستويان •

٢ ــ أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل للصبى فى هذا السن بعض التكاليف ليقوم بها تطوعا لتدرى به وتأهيله ليستطيع أن يباشرها بعد بلوغه لذلك جاء الحديث « مروا أولادكم للصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر » وقد ورد أنه يجوز صيام الصبى المميز بقصد تدريبه عند بعض الفقهاء فلم لا تجوز وصيته وهو فعل خير ينبغى تدريب الصبى عليه خصوصا حال تمييزه •

٣ ــ ان قول الله تعالى « وافعلوا الخير » عام لم يستثن منه صغيرا أو كبيرا ، والوصية تعد من قبيل الخير ، وقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » أى أن كل من له مال تصح وصيته دونما استثناء أو تمييز بين المميز وغيره •

٤ ــ أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، اذا فالتمليك فيها لا ينتقل حال الحياة ، ولذلك فان فعلها لا يعتبر من قبيل التصرف الضار ضررا محضا بل يمكن أن يكون من قبيل التصرف الدائر بين النفع والضرر هذا اذا نظرنا أنه يخرج من ذمته مال بلا مقابل ، ولكن اذا نظرنا الى الوصية فانها فى رأيى تعتبر من قبيل التصرف النافع نفعا محضا ألا ترى أنها الى جانب تدريب الصبى على فعل الخير فانها تحقق له أجرا كبيرا وتصل خير دنياه بخير اخراه •

٥ ــ أن الخليفة عمن بن الخطاب رضى الله عنه أجاز وصية الصبى وقد ذكرت آنفا ، ولم يعترض عليها أحد من الصحابة ولا يمكن أن يقال ان وصيته كانت بتجهيزه وتكفينه ، لان تجهيزه وتكفينه يخرج من تركته قبل أن يخرج منها أى شىء ، وحمل القصة على صريحها أولى من حملها على تأويل آخر يخرجها عن صريح ما فعلت فيه ، اذ أن القصة عندما حكت وصية الغلام قدرت الموصى به بثلاثين الفا ، وليس من المعقول والمقبول أن يستوعب ذلك تجهيزه وكفنه •

٦ — ونحن لم نقل بايجابها على الصبى المميز بحيث اذا لم يفعلها عد مقصرا وانما الذى نريد أن يصل الى الأفهام أن الصبى لو فعلها وأوصى لا تبطل وتوصف بالجواز ، بحيث اذا بلغ يمكنه أن يرى فى تصرفاته بروز شخصيته وقد نشأ فى صباه يحب الخير ويفعله ويتمادى فى صنيعه امتثالا لقوله تعالى « فاستبقوا الخيرات » • (٢٠)

ومما يؤيد ما نقول : أنه قد رأى بعض فقهاء الشيعة أن وصية المراهق — هو الشخص الذى قارب البلوغ — جائزة (٢١) لأن الذى قارب البلوغ يعتبر فى حكم البالغ •

الشرط الثانى من شروط الموصى : العقل

واشتراط العقل فى الموصى لابد من توافره ، لأن العقل مناط التكليف وبه يرتبط وجودا وعدما ، فان وجد العقل صح التكليف لأن التكليف الزام ما فيه كلفة ، وقيل : طلب ما فيه كلفة ، وكل من الالزام والطلب لا يمكن تحققه الا العاقل ، والتصرف تتوقف صحته على العقل أيضا ، وان كان التصرف داخلا فى الخطاب الوضعى الا أن الوضع والتكليف كلاهما يرتبط بالآخر ، ألا ترى أن تعريف الحكم التكليفى يشمل الحكم الوضعى حيث قال الاصوليون : فى تعريف الحكم التكليفى : هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع • (٢٢)

لهذا كان لابد من اشتراط العقل فى الموصى حتى تصح وصيته ، وينفذ تصرفه ويعتد به وينتج أثره بعد موته ، ولكن ما هو الحكم لو لم

---

(٢٠) سورة البقرة الآية رقم : ١٤٨ •
(٢١) الايضاح ج ٨ ص ١٥٧ • ؛
(٢١) الايضاح ج ٨ ص ١٥٧ •

يكن لدى الموصى عقلا أصلا ، أو كان لديه عقل فيه قصور فهل تصح وصيته أو لا ؟ لذلك سنتكلم عن ذهاب العقل بعارض سماوى أو بعارض مكتسب •

أما ذهابه بعارض سماوى فيشتمل على المجنون ، والمعتوه ، والسفيه •

وأما العارض المكتسب فيشمل السكران •

ذهاب العقل بعارض سماوى

أولا : الجنون والعته :

وهما عارضان من عوارض الأهلية السماوية التى لا دخل للانسان فيها •

والجنون :

هو مرض يمنع العقل من ادراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهياج غالبا •

والجنون قسمان :

١ ــ مجنون مغلوب أى لا يفيق ، ويسمى جنونه مطبقا ، وهو الذى يستمر أشهرا فأكثر ، وهذا يحجز عليه بلا خلاف بين الفقهاء الى أن يمن الله عليه بالشفاء ، فلا تصح وصيته أصلا لانعدام عقله مطلقا لأن تصرفه غير صحيح •

٢ ــ جنون غير مطبق : وصاحبه يجن تارة ويفيق أخرى ، وقد يكون لافاقته أوقات معلومة فيحجر عليه حال جنونه ، ولا يحجر عليه حال افاقته لأنه اثناء الافاقة يعتبر عاقلا رشيدا له ما للعقلاء وعليه ما عليهم تعتبر تصرفاته ويعتد بعقوده المبنية على عبارته ، وقد لا يكون لافاقته وقت معين ، ويقال : هو المعتوه ، ولكن الذى فى التبيين والكنز

أنه يكون غير محجور عليه فى وقت افاقته ، وفى مرضه يحجر عليه ، أى أنه لا فرق بين من يكون لافاقته أوقات معلومة ، ومن لا يكون فى حال المـــرض .

ولمـــا كان الجنون ســـببا من أســـباب الحجز فان السبب يرتبط بمسببه وجودا وعدما ، ومن ثم فانه يحجر عليه متى ثبت جنـــــونه ، ويستمر عليه ما استمر الجنون ، ويعتبر فاقد الاهلية ، فلا تنعقد بعبارته وقت جنونه العقود ومن ثم فلا تصح وصيته والتصرفات بل تكـــــون عبارته ملغاة فهو فى الحكم كالصبى غير المميز على السواء . (٢٣)

العتـــــه :

مرض يمنع العقل من ادراك الامور ادراكا كاملا صحيحا ، ويتميز على الجنون بأن يصحبه هدوء ، وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعا واحدا ، والذى جاء فى الهداية وفتح القدير وأصول فخر الاســـلام : أن الذى أصيب فى عقله ان كان مغلوبا بحيث لا يعقل قط كان هو المجنون ، وان كان يعقل فى بعض الأمور فيشبه كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعض كلام المغلوبين المختلطين كان معتوها ، فالمعتوه على هذا لا يكون الا مميزا بعض التمييز لأنه ان كان غير مميز بل كان مغلوبا لا يميز شيئا ما كان معتوها بل يكون مجنونا ، ويلاحظ أن الفتاوى الهندية جعلت العته قسم مقابل للجنون ، فالعته على ما جاء فيها أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصـــحبه تمييز ، فان كان لا يصـــحبه تمييز فالمعتـــوه فاقد الأهلية كالمجنون فلا تصح وصيته وان كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبى المميز ومن ثم ففى رأيى تصـــح وصـــيته لأن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت .

وان كان أكثر الفقهاء يسيرون على أن المعتوه لا يكون الا مميزا فان فقد التمييز فهو مجنون ، وهذا اختلاف فى التعبير والتفكير ، فتغـــير به

---

(٢٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥ .

الاحكام ، (٢٤) والناظر فى تعريف كل من الجنون والعته يجد أن كلا منهما هو اختلال فى العقل يمنع من التصرفات ، وان كان العتـــــه مصحوبا بهدوء الأعصاب والجنون فيه اضـطراب الا أن العته يعتبر قسما من الجنون ، لأن الجنون منه ما هو مطبق ومنه ما هو غير مطبق كما ذكرنا ، والعته ان صحبه تمييز يعتبر كالجنون المطبـــق ، وان لم يصحبه تمييز يعتبر كالمطبق ، وهدوء الأعصاب لا يؤدى الى صـحة التصرف بحال من الاحوال مادام العقل مختلا والتصرف معتلا والعبارة غير معتبرة •

اذ من لا يميز يكون فاقد الأهلية بالاتفاق سواء أسمى مجنونا أم سمى معتوها فلا تصح وصيته ، (٢٥) لأنها جزء من التصرف ، ومن يميز يكون قاصر الأهلية ويسمى معتوها بالاتفاق ، والمعتوه المميز كالصـبى المميز فى التصرف المالى أى تصرفاته تبنى على تحقيق النفع وعـــدم تحقيقه كما سبق فى تصرفات الصبى المميز •

والحجر للعته والجنون يبتدىء من وقت وجود السبب ، وهو هذا المرض الذى غلب به العقل أو نقص ادراكه ، ويزول الحجـر بزواله ، لأن الحجر يدور مع علته وجودا وعدما ، فمتى كانت الافاقة زال الحجر، ولو لم يحكم به قاض •

هذا هو حكم الفقه : ولكن قانون تنظيم الولاية المالية نص فيـه على أن الحجـــر على الجنون والمعتوه لا يزول الا بحكم ، كالحجر على السفيه وذوى الغفلة ، نص ما جاء فى المادة ٦٥ منه « ويحكم بالحجـر على البالغ للجنون أو العته أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الا بحكم »

---

(٢٤) الأحوال الشخصـية أبو زهرة ص ٥٢١ ، حاشـــية الروض المربع جـ ٥ ص ١٨١ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧١ •

(٢٥) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥ ، الايضاح جـ ٨ ص ١٥٧ •

فالقانون يوافق الفقه فى بدء الحجر على المجنون والمعتوه ويخالفه فى حال الانتهاء وهذا يترتب عليه آثار فقد تضر بالمحجور عليه فيما لو زال الجنون والعته وتأخر حكم القضاء بازالتها وصدرت تصرفات من المجنون والمعتوه ، فانها بحسب الفقه صحيحة ، ومن حيث وجهة نظر القانون فلا تصح قبل صدور حكم القاضى برفع الحجر .

ثانيـا : السـفيه :

هو الذى لا يحسن القيام على شئون ماله وتدبيره ، وينفق فى غير موضع الانفاق ، والحجر على السفيه هو رأى جمهور الفقهاء ، وقـد خالفهم أبو حنيفة وزفر ، وللسفيه حالتان :

١ — أن يبلغ الشخص سفيها ويقترن به ، ويستمر بعده .

٢ — أن يبلغ الشخص رشيدا ثم يطرأ عليه السفه .

أما الحالة الأولى : فقد اتفق الفقهاء جميعا بأن مال السفيه لا يدفع اليه وأما جواز تصرفاته فرأيان لابى حنيفة .

الرأى الأول : أنه لا يمنع من العقود والتصرفات لان منع دفـع المال انما هو لعجزه عن حيازته والحجر عليه،بمعنى أنه لو عقد أو تصرف فان عقده أو تصرفه يعتبر موقوفا الى أن يزول سفهه ، فان زال نفذت العقود والتصرفات فلا يحتاج الى ابرام عقد جديد أو انشاء للتصرف ، ومن هذا القبيل أنه لا تصح وصيته ، (٢٦) لان الوصية بطبيعة عقـدها تصرف موقوف لا ينتج أثره الا بعد موت الموصى ، وان كان صـاحب الروض المربع وهو من الحنابلة جوز وصية السفيه لانها تمخضت نفعا له من غير ضرر فصحت منه كعبادته . (٢٧)

---

(٢٦) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٥ ، رسالة الدكتوراه المقدمة من محمد أبو الريش ص ٦٢٠ ، حاشية الروض المربع جـ ٥ ص ١٨١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٠ .

(٢٧) الروض المربع جـ ٦ ص ٤١ .

الرأى الثانى : أن عقوده وتصرفاته لا تنفذ فيه حتى يرشـــد ، وتستمر هذه الحال عند أبى حنيفة حتى يبلغ الخامسة والعشرين ، فاذا بلغها سلم اليه ماله ، ولو كان سفيها مادام عــاقلا ، (٢٨) ، وذلك لأن المنع كان الغرض منه التهذيب والتربية ، واذا بلغ الخامسة والعشرين وهو على هذا الحال ، فقد تجاوز سن التربية ، فليترك حبله على غاربه، وليسلم اليه ماله ، ودروس الحياة تتولاه ، لأنه اذا بلغ الخـــامسة والعشرين احتمل أن يكون جدا فأنا أستحى أن أحجر عليه .

أما الحـــالة الثانية :

فهو السفه الطارىء أو السفه المستمر بعد الخـامسة والعشرين فهذا موضع الخلاف بين أبى حنيفة وجمهور الفقهاء ، فيرى جمهـــور الفقهاء جواز الحجر عليه ، ومنع أبو حنيفة ذلك الحجر ، وحجة أبى حنيفـــــة :

أ ــ قوله تعالى « واتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب » (٢٩) . والمراد به بعد البلوغ سمى يتيما لقربه منه ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقد حددناه بخمس وعشرين سنة لأنه حال كمال لبه ، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة ، وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ، ألا ترى أنه بلغ سنا يتصور أن يصير جدا ، لأن أدنى مدة يبلغ منه الغلام اثنا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ، ثم الولد يبلغ فى اثنتى عشرة ســـــنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا ، حتى ولو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال ، ولان منع المال عنه على سبيل التأديب له عليـه والاشـــتغال

---

(٢٨) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧١ .

(٢٩) سورة النساء الآية رقم : ٢ .

بالتأديب عند رجاء التأديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب فلا معنى لمنع المال بعده • (٣٠)

ب ــ أنه مخاطب بكل ما فى القرآن والسنة ، ومكلف بالقيام بما جاء فيهما من الوفاء بالعقود اذ يقول الله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (٣١) وان عدم نفاذ عقوده منع له من القيام بواجب الوفاء الذى أمر الله به ، ولم يسقط عنه التكليف فيه ، فالحجــر عليه مصادرة لأمر الله سبحانه ، (٣٢) والوصية عقد من العقود الذى طلب الله الوفاء بها ، والوفاء بها لا يضر بالسفيه حال حياته لان هذا العقــد ينتج أثره بعد الموت •

جـ ــ روى عن أنس أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفى عقدته ضعف ، فاتى به أهله النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا نبى الله احجر على فلان فانه يبتاع ، وفى عقــدته ضعف فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع فقال يارسول الله انى لا أصبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا بعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثا » (٣٣) ولو كان الحجر على الكبار العقلاء سائغا لحجر عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقد بدأ سفهه وضعف رأيه ، فكان هذا دليلا على أنه لا يسوغ الحجر على العقلاء ، ولو كانوا ســفهاء لا يحسنون تدبير المال •

د ــ ان الشخص ببلوغه عاقلا بلغ حد الانسانية المستقلة فان المنع من التصرفات أذى لانسانيته واهدار لكرامته وانها فوق المال ، فليس من مصلحته الحجر عليه ، وليس من مصلحة الجمــاعة لأن من

---

(٣٠) رسالة الدكتوراه المقدمة منمحمد اسماعيل أبواررىش ص٦٢٠ تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٥ •

(٣١) سورة المائدة الآية رقم ١ •

(٣٢) الأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٥٢٤ •

الخير لها أن تنتقل الى أيد تديرها بدل أن تبقى فى يد لا تحسن القيام عليها •

هـ ــ ان السفيه بالاتفاق غير محجور عليه فى شئون الزواج فله أن يتزوج ويطلق ، فاولى أن يسوغ له البيع والشراء وكل المبادلات المالية ــ وكذا الايصاء ــ لان الزواج أخطر شأنا ، وأبعد فى حياته أثرا وأوجب للاحتياط •

وحجة جمهور الفقهاء ومعهم الصاحبان حيث يرون الحجر عليه :

أ ــ قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » (٣٤) فدلت الآية على القيم على أمر السفيه أن يسلمه ماله بل حثت الآية على أمرين لا ثالث لهما وهو الرزق والكسوة فحسب ، ومن ثم ان النهى على اطلاقه يفيد تحريم اعطاء مال السفيه له حتى لا يتصرف فيه بتصرف مخل ، وكذلك للقائم على أمره أن يمنعه من الايصاء لأنه وان لم يضر به حال حياته فقد يضر بورثته بعد وفاته •

ب ــ ولقد روى أن على بن أبى طالب طلب أن يحجر على عبد الله بن جعفر بن أبى طالب لسفهه ، وما كان لمثل على بن أبى طالب فى علمه وملازمته للنبى صلى الله عليه وسلم أن يطلب طلبا غير جائز شرعا •

جـ ــ ان مصلحة السفيه المالية فى منعه ، فانه ان ترك وشأنه ضاع ماله وكان كلا على الناس ، وكذلك من مصلحة ورثته ذلك ، لأنه باسرافه قد يتركهم عالة يتكففون الناس •

---

(٣٤) سورة النساء الآية رقم : ٥ •

د — ولما ذكر قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » عقبها بقوله « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » نهانا عن الدفع اليه مادام سفيها وأمرنا بالدفع ان وجد منه الرشد اذ لا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ، ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها • (٣٥)

مع أن الصاحبين قد اتفقا على أن السفيه يحجر عليه ، فقد اختلفوا فى وقت ابتداء الحجر •

فقال أبو يوسف :

أن الحجر يبتدىء من وقت حكم القاضى بالحجر ، وقبل ذلك لاحجر عليه بل تصرفاته كلها نافذة لان الحجر على السفيه موضع خلاف ، اذ خالف فيه أبو حنيفة وزفر فلا بد من ترجيح بحكم القضاء ، ولان فساد التدبير أمر يحتاج الى تقدير فقد تختلف فى الأمر الأنظار ، فيراه بعضهم نفعا ، ويراه غيرهم ضرا ، ولا يفصل فى ذلك الا حكم القضاء — ومن ثم فالوصية الصادرة بعد السفه وقبل حكم القضاء بالحجر عليه تصح عند الصاحبين أيضا ، أما اذا صدرت بعد حكم القاضى بسفهه والحجر عليه فان وصيته لا تصح لان وصيته تعتبر ضارة بالورثة — ولان السفيه أمره متردد بين ضررين ، ضرر الحجر اذ فيه اهدار لكرامته وذلك ضرر وضياع ماله ضرر آخر ، فلابد من الموازنة بنظر القاضى ، ليعرف مدى الضرر فى الحالين وينفذ ما فيه أقلهما •

وقال محمد :

أن الحجر يبتدىء من وقت وجود السفه ، لان القضاء ليس هو سبب الحجر ، ولا شرطا فى السبب انما سبب الحجر هو التبذير واتلاف

---

(٣٥) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٩٥ البدائع جـ ٧ ص ١٧٢ •

المال ، ومتى وجد السبب وجد المسبب لا محالة ، لان الحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته كلاهما علة للحجر ، والحجر فيهما فى ذات المحجور عليه ، والحجر فى العته يبتدىء من وقت وجوده ، فالحجر للسفه كذلك يبتدىء من وقت وجوده ، ومن ثم فلا تصح وصيته عند محمد وان كانت الوصية لا تؤدى الى الاضرار بالسفيه الا أنها تضر بالورثة ، ومع أن كلا من الرأيين له وجهته المعتبرة وعلته التى تعتبر صحيحة ولكن ان السبب قد يكون مكونا من جزئين وتحقق أحد الجزئين لا يؤدى الى تحقيق المسبب وقد يكون السبب له شرط فمع تحقق السبب لا يوجد المسبب الا بشرطه ، والذى نراه على ضوء القواعد المقررة ان السفيه اذا كان سفهه مشهورا وحاله بين الناس منتشر معروف بطيشه البين فاذا عقد عقدا أو تصرف تصرفا فان عقده وتصرفه لا يعتبران ولا يعتد بهما ولو لم يصدر قرار القضاء بالحجر عليه لان المتعاقد معه يستغل سفهه لتحقيق مصلحته وابتزاز أمواله ، ومن ثم فشهرة سفهه لا تخل باستقرار المعاملات وعدم نفاذ التصرفات ، أما اذا لم يكن سفهه مشهورا أو منتشرا والمتعامل معه حسن النية لا يعلم بحاله فان قضاء القاضى يعتبر بداية للحجر عليه وحسن النية وسؤها أمر متروك لتقدير القاضى ، وان كان مالك والشافعى يوافقان ما قال به أبو يوسف ، وقد جاء فى أحكام القرآن للقرطبى مانصه : اختلف العلماء فى أفعال السفيه قبل الحجر ، فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم أن فعل السفيه وأمره كله جائز ، حتى يضرب الامام على يده ، وقال أصبغ ان كان ظاهر السفه فافعاله مردوده ، وان كان غير ظاهر السفه فلا ترد أفعاله حتى يحجر عليه الامام ، واحتج سحنون لقول مالك : بقوله : لو كانت أفعال السفيه مردوده قبل الحجر ما احتاج السلطان الى أن يحجر عليه (٣٦) .

---

(٣٦) أحكام القرآن للقرطبى ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٣٣٧ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٨٢ ، حاشية الروض المربع جـ ٥ ص ١٨١ .

وقال صاحب مواهب الجليل تجوز وصية المحجور عليه والسفيه والمصاب حال افاقته لا حال خبله ، (٣٧) وقال صاحب المغنى لابن قدامه : المحجور عليه لسفه فان وصيته تصح فى قياس قول أحمد ، قال الخبرى : وهو قول الاكثرين ، وقال أبو الخطاب فى وصيته وجهان ، واستدل على ذلك أنه عاقل تصح وصيته كالصبى العاقل ، ولأن وصيته تمخضت نفعا له من غير ضرر فصحت كعبادته ، وأما الذى يجن أحيانا ويفيق أحيانا فان وصى حال جنونه لم يصح ، وان وصى فى حال عقله صحت وصيته لانه بمنزلة العقلاء فى شهادته ووجوب العبادة عليه فكذلك فى وصيته وتصرفاته • (٣٨)

ثالثــا : ذو الغفلـــة :

هو الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات لسهولة خدعه ، وهو يعبر عنه بالضعيف ، وهو يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد الرأى وسوء التدبير ، وان كان السـفيه فيه زكاء أحيانا ، وهو يقصد الى الاتلاف غير عابىء ولا مهتم ، وذو الغفلة لا يقصد الى الاتلاف ، بل فيه غباء كان هو السبب فى ســـوء تدبيره وفســـاد تقـديره •

ولذلك تشابها فى الاحكام ، فأبو حنيفة منع الحجر عليهما (٣٩)، والصاحبان والشافعى وأحمد حجروا على ذى الغفلة كما حجروا على السفيه (٤٠) ، وفى مذهب مالك بالنسبة لذى الغفلة قولان أصحهما أنه يحجر عليه • (٤١)

---

(٣٧) مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٦ ص ٣٦٤ •

(٣٨) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ١٠٢ •

(٣٩) تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٩٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٢

(٤٠) مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٢٠ الروض المربع ج ٥ ص ١٨١ •

(٤١) قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٣٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص٢٨٢

واختلف الصاحبان فى وقت الحجر عليه كالسفيه :

فقال محمد : من وقت ثبوت غفلته .

وقال أبو يوسف : من وقت الحكم .

والراجح قول أبى يوسف .

وموضع الحجر فى السفيه وذى الغفلة هو التصرفات المالية الخاصة أما فيما عداها فهم كالرشداء ما يمس جانب المال ، فانه يكون مقيدا ولنبين ذلك بعض التبيين فنقول :

١ — تصرفات قابلة للنقض : وهى التى يفسدها الهزل ، وهذه هى التصرفات المالية وهى موضع الحجر على السفيه وذى الغفلة .

٢ — تصرفات لا تقبل النقض ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، وهى النكاح والطلاق والعتاق ، للأثر الوارد بشأن هذه الثلاثة ، جدهن جد ، وهزلهن جد ، وقد فرضوا أن عبارة السفيه كعبارة الهازل لضعف ارادته، لان الهازل الذى يقصد بعبارته اللعب بهذه الامور الخطيرة عبارته كعبارة العاقل الذى لا ينهج فى تصرفاته المالية منهج العقلاء ، والسفيه وذو الغفلة ولذلك كان الزواج والطلاق والعتاق لا حجر فيها بالنسبة للسفيه وذى الغفلة ولما فى الزواج من جانب مالى يجيىء التقييد فى الالتزام المالى ، لا فى أصل العقد ، ولذلك اذا عقد أحدهما بأكثر من مهر المثل انعقد الزواج ولكن لا يلزم الا مهر المثل ولا يؤدى القيم عليه غيره ، وذلك لان الزواج بأكثر من مهر المثل اسراف وتبذير فيدخل فى ضمن مواضع الحجر ، ولان الزواج فى ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، أما تسمية المهر فان الهزل يفسدها لذلك كانت فى موضع الحجر ، فلا يلزم الا مهر المثل .

أما التصرفات المالية فهو موضع الحجر ، وهو فيها كالصبى المميز

من حيث ان التصرفات النافعة نفعا محضا ، كقبول الهبة والوصية ، تنفذ منه من غير اجازة أحد ، والدائرة بين النفع والضرر تتوقف على اجازة القيم عليه ، وان التصرفات الضارة ضررا محضا لا تنعقد منه ، ولو أذن القيم لا يملكها فلا يملك الاذن بها ، ولكن استثنى من ذلك الوصية التى يجوز أن تحدث من ذوى الرشاد ، والوقف على النفس ومن بعده على من يشاء ، وذلك لأن الحجر عليه للمحافظة على ماله ، لكى لا يصبح كلا على الناس ، والوصية تصرف لا تنفذ آثاره الا بعد الوفاة فلا يضره فى حياته والورثة قد حفظ حقهم بعدم تنفيذها فى أكثر من الثلث الا باجازة الورثة ، والوقف على النفس مادام حيا فيه محافظة على ماله من الضياع ، وذلك مقتضى الفقه الحنفى .

وفى الجملة أن السفيه وذا الغفلة بالنسبة للتصرفات كالصبى المميز الا فى أمور قد لخصها الامام بقوله :

المحجور عليه « أى السفيه وذو الغفلة » بمنزلة الصبى الا فى أربعة :

أحدها : أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز ، وفى مال المحجور عليه باطل .

الثانى : أن عتاق المحجور عليه وطلاقه ونكاحه جائز ، ومن الصبى باطل .

الثالث : المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ومن الصبى لا تجوز .

الرابع : جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه ومن الصبى لا يثبت .

هذه حدود الحجر على السفيه وذى الغفلة فى الشريعة ، ويلاحظ

أنهما مكلفان التكليفات الشرعية كلها ، من صيام وحج وزكاة ولـــزوم كفارات وغير ذلك من التكليفات التى كلف الشرع الاسلامى العقـــلاء القيام بها ، كما أنهما مسئولان عن الجنايات التى تقع منهما مســئولية جنائية كاملة فتنزل بهما كل العقوبات التى تنزل بغيرهم من العقلاء .

هذا وان المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ قد أتى بأحكــام خاصـــة بالســفيه وذى الغفلة تتقارب تمام التقارب من أحكام الصبى البالغ ثمانى عشرة سنة بالنسبة للتصرفات المالية ، ويلاحظ أن الســفيه ومثله ذو الغفلة بالنسبة للتصرفات غير المالية لا يخضع لاحكام هــذا القانون ، فله أن يتزوج من غير استئذان المحكمة ويطلق كذلك ، أمــا فى التصرفات المالية فانها موضع الحجر .

وكان القانون الصادر قبل ذلك أجاز له أمرين بالنص :

١ ــ أنه يجوز له أن يقف أمواله أو يوصى بها بشرط استئذان المحكمة الحسبية واذنها فاذا لم تأذن لا تنعقد وصيته ولا وقفه ، وهذا تقييد بعيد عن الفقه له فى الوصية مادامت غير محرمة ، ومن شأنها أن تحدث من العقـــلاء ، وأجـــاز الوقف ما دام على النفس أولا ، وأما تقييد الوصية ليس بسائغ قط ، لان الوصية تكون فى كثير من الاحيان فى وقت لا يستطيع فيه استئذانا ، وانتظار اذن ، ولان الوصايا قــد تكون دفعا لتقصير فى واجبات دينية كانت واجبة ، وهو مكلـــف كل التكليفات الشرعية فلا يصح أن نحرمه من تدارك ما فاته ولا يصح أن يكون مكلفا وتحول بينه وبين القيام بتكليفاته ولذا يجب أن يطلق ما أطلقه الفقـــه .

٢ ــ أنه لا يجوز للسفيه وذى الغفلة أن يتسلم كل أمواله أو بعضها ، ويتولى ادارتها تحت اشراف القيم عليه والمحكمة ، وذلك باذن

من المحكمة المختصة وفى هذا الحال يكون كالصبى المميز (٤٢) اذ تسلم أمواله ليديرها وذلك يكون اذا بلغ ثمانى عشرة سنة ، وأحكامهم فى هذا مشتركة ، أنه يلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أبقى الامر الثانى ، هو الخاص بالاذن لهما بالادارة ، وترك الاول من غير ذكر له مكتفيا بما ذكر منه فى أحكام الوقف وقانون الوصية ، وقد ألغى الوقف الأهلى فيما عدا الوقف على النفس فلا يزال لوقف السفيه موضع ٠

---

(٤٢) هذه الأحكام وغيرها اشتملت عليها المواد ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨، ٥٩، من المرسوم بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٢ وهذا نصها :

مادة ٥٦ للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الادارة ، وله أن يبقى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الاعمال ، ولكن لا يجوز أن يؤجر الأرض الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ، ولا أن يفى بالديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر باذن من المحكمة أو من الموصى فيما يملكه من ذلك ، ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقاتهم قانونا ٠

مادة ٥٧ : لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجزأ ذا بلغ الثامنة واذنته المحكمة فى ذلك اذنا مطلقا او مقيدا ٠

مادة ٥٨ : على المأذون له فى الادارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى وللمحكمة أن يأمر بايداع المتوفر من دخله احدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شىء منه الا باذن منها ٠

مادة ٥٩ : اذا قصر المأذون فى الادارة فى تنفيذ ما نصت به المادة السابقة أو أساء التصرف فى ادارته ، أو قامت أسباب يخشى معها مع بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الاذن او تسلب القاصر اياه بعد سماع أقواله ٠

ذهاب العقل بعارض غير سماوى

بمعنى : أن يكون ذهاب العقل بعارض مكتسب — والعارض المكتسب هو ما يكتسبه الشخص ويجره على نفسه بفعله — مثل أن يشرب المكلف مسكرا من المسكرات ، ويترتب عليه ذهاب عقله لفترة محددة ثم يعود الى رشده مرة أخرى ، وتعاطى المسكر قد يكون برضاه ومحض ارادته وهو الذى يتناوله برغبة منه ، وحينئذ يكون متعد بسكره عاص بفعله ، فاذا أوصى فان صاحب مغنى المحتاج قال : (٤٣) انه غير مكلف وتصح وصيته ، فانه رأى أن فعله كفعل الصبى المميز على قول ، وان كان الزركشى رأى أن وصيته تصح حيث قال : انه مستثنى من الزركشى رأى أن وصيته تصح حيث قال : انه مستثنى من المغمى عليه ما لو كان سببه سكرا عصى به ، وكلامه منتظم فتصح وصيته ، وهذا القول من الزركشى يوحى بأن السكران اذا لم يكن سكره عاص به أو فعله مضطرا اليه أو مكره عليه أو تناوله بلا ارادة منه فان وصيته لا تصح ، لان الوصية بنيت على ما اكره عليه ، اذ لولا السكر لما نطق بالوصية ، وان كان صاحب الايضاح من الشيعة قال : (٤٤) ان السكران ان لم يكن شىء من عقله فلا تجوز وصيته ، وان كان معه عقله فوصيته جائزة •

والرأى عندى : أن السكران لا تصح وصيته مطلقا وذلك لعدة أسباب :

١ — أن السكر سواء كان بارادته أو بدون ارادته قد وقع وما وقع لا يمكن رفعه •

---

(٤٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ •

(٤٤) الايضاح جـ ٨ ص ١٥٧ •

٢ ــ ترتب على وقوعه فقد الادراك والتمييز وحل محلها الهزيان واللغو الذين لا يمكن بناء حكم عليهما •

٣ ــ ان الوصية المقصود منها ايصال خير الدنيا بخير الآخرة ، واذا كان قد عصى بسكره ، فكيف يترتب الخير على عصيانه ، واذا لم يكن قد عصى بسكره بأن فعله رغم ارادة أو مكره عليه ، فكيف تصح وصيته ويلتزم بشيء لو كان عاقلا ما نطق به ، وذلك لان أفعال المكره لا تصح اجماعا •

٤ ــ الوصية يترتب عليها أخذ شيء من التركة ، وهــذا يؤدى الى انقاص نصيب الورثة اجماعا ، وهذا النقصان من التركة لا ينبنى الا على عبارة واعية مختارة ، خصوصا وان الموصى يلزم نفسه بشيء لم يكن لازما عليه ، واستثناء الزركشى السكران من المغمى عليه خصوصا اذا كان السكر بارادته ، كأنه يجعلها عقوبة لتعديه بالسكر مع أنهــا لا تعد عقوبة لانها تحصل للموصى الخير ، وتعوضه عن تفريطه فان كانت عقوبة فابطالها أظهر فى العقوبة ، وأما اذا لم يكن متعد بسكره فأولى أن لا تصح عبارته ، وأما قول الشيعة ، أن كان معه عقله صحت وصيته والا فلا تصح فقول غير مقبول وعلة ذلك أنه ان كان معه عقلــه فلا يسمى سكرانا اذ كيف يسمى ســكرانا وهو عاقل وان لم يكن معه عقله فهو غير مكلف لقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث » وعد منها المجنــون حتى يفيق ، وهذا يعتبر ضربا من الجنون لفقدان عقله وان كان مؤقتا •

الشرط الثــالث : الحــرية

يشترط فى الموصى أن يكون حرا ، لان الحرية صفة معنوية تعطى لصاحبها أو لمن يتمتع بها حق التصرف فى ماله أيا كان نوع هذا التصرف

سواء كان ضارا ضررا محضا ، أو نافعا نفعا محضا ، أو دائرا بين النفع والضرر ، ولما كان الحر يملك المال فله فيه حق التصرف دون أن يتدخل فى منعه أحد منه ، وبناء على ذلك فان الوصية صحيحة وتنتج آثارها لصحة عبارته ، ولصدور العبارة ممن يتمتع بصفة الحرية لانعدام الولاية عليه ، اذ أنه يملك ولاية نفسه ، وهذا بخلاف من فقدت فيه صفة الحرية وهو العبد ، أى المسمى بالقن ، والذى يعد رقه كاملا ، فانه لا تجوز وصية العبد أصلا لان الله تعالى انما جعل الوصية حيث المواريث ، والعبد لا يورث فهو غير داخل فيمن أمر بالوصية فى القرآن ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من له شىء يوصى فيه » وليس لاحد شىء يوصى فيه الا من أباح له النص ذلك وليس للعبد شىء يوصى فيه انما له شىء اذا مات وصار لسيده لا يورث عنه •

ويرى الأحناف أن العبد اذا أوصى ثم اعتق وملك مالا ثم مات لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ، (٤٥) وهو رأى للشافعية وعبروا عنه بأنه الصحيح ، (٤٦) لعدم وجود الاهلية ابتداء عند صدور الوصية ، وهو قول الظاهرية ، (٤٧) ، والشيعة (٤٨) وعلقوا جواز وصيته على اذن سيده له ، لانعدام ملكيته ، فكأن جواز وصيته مبنى على تمليك سيده له أولا باذنه حتى تصح ، ووافق على ذلك المالكية ، (٤٩) والحنابلة • (٥٠)

وقد ورد رأى للشافعية فى مغنى المحتاج يفيد : جواز وصية العبد

---

(٤٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٤ •
(٤٦) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ •
(٤٧) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٢ •
(٤٨) الايضاح جـ ٨ ص ١٥٧ •
(٤٩) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٧ •
(٥٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٩٢ •

اذا أوصى فى حال رقه ثم عتق ثم مات صحت لان عبارته صحيحة وقد أمكن العمل به • (٥١)

أما اذا أضاف العبد الوصية الى ما بعد العتق بأن قال : اذا أعتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فرقا بين العبد والصبى — فقد جعلوا صحتها معلقة على عتقه ، وتعتبر من قبيل الانعقاد المعلق على شرط — ووجه الفرق أن عبارة الصبى فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاشى فى حق الحكم ، فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع • (٥٢)

أما المبعض :

وهو الذى عتق بعضه وبقى بعضه رقيقا ، فاذا أوصى فان غالبية الفقهاء لا يجيزون وصيته الحاقا له بالعبد الكامل الرق ، وان كان الشافعية عندما ذكر المبعض ، قال الازرعى : ان بطلان وصية المبعض لم أر نصا ، وقياس التوريث عنه الصحة ، فتصح فيما يستحقه ببعضه الحر لأنه يورث عنه ، فكأن الازرعى ربط صحة الوصية بملكيته لبعض المال ولبعض الحرية ، فورث المال عنه ، فجعل الوصية أخت الميراث ، وقال صاحب المنهاج : والظاهر أن محله فى غير العتق ، لان العتق يستعقب الولاء ، والمبعض ليس من أهل الولاء ، والذى يظهر الصحة وعلة ذلك : ان الرق ينقطع بالموت ، والعتق لا يكون الا بعده • (٥٣)

---

(٥١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ •
(٥٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ •
(٥٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ •

أمـــا المكـــاتب :

وهو الذى كاتبه سيده على مال حتى يعطيه حـــريته ، بمعنى أن عتقه متوقف على آداء ما عليه لسيده ، وحكم وصيته عدم الصحة ، لان الوصية تبرع وهو ليس من أهل التبرع •

واعلم أن وصية المكاتب تنقسم ثلاثة أقسام :

١ ــ قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة ، حتى ولو كان بيده مال فان ماله مملوك لسيده مادام مكاتبا سواء كان بدل الكتابة أو لأنه قد يعجز عن آداء البدل كاملا فيئول ما بيده لسيده ، فلا تصح وصيته كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكــه ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الاجازة انشاء للوصية تصح بلفظة الاجازة ، بخلاف ما اذا أعتق عبده ثم أجاز العتق بعد الحرية ، حيث لا يجوز ، لان العتق لا يجوز بلفظة الاجازة •

٢ ــ وقسم يجوز بالاجماع : وهو اذا أضاف الوصـــية الى ما يملكه بعد العتق بأن قال اذا أعتقت فثلث مالى وصية لفــلان ، أو أوصيت بثلث مالى له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له فى حال حياته مطلقا ، وانما تثبت بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق نفاذ الوصية •

٣ ــ وقسم مختلف فيه : وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبى حنيفة ومن وافقه ، وعند صاحبى أبى حنيفة جائزة ومن وافقهم • وهذا بناء على أن ملك المكاتب نوعى ملك حقيقى وهو ما بعد العتق ، ومجازى وهو ما قبل العتق •

فعند أبى حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازى لأنه هو الظاهر ، لأن الظاهر بقاء ما كان على ما كان ، والآخر ليس بموجود ، والظاهر بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ •

وعندهما ينصرف الى الحقيقى وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لأنه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه ، أو يتناول النوعين فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد أشتريته فهو حر ، ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتنحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا المسئلة فى شرح الزيادات قال الزيلعى ينبغى أن تكون هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير ، وهى ما اذا قال أحدهما اذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر فأعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لأن قوله أملكه يتناول الحال وهو غير قابل له ، ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لأنه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند أبى حنيفة لأنه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدى حر ينصرف الى الطلاق فى هذا النكاح الفاسد لأنه هو الظاهر جعل الخلاف فى هذه المسئلة فيما اذا قال فكل مملوك أملكه فيما استقبل وفى مسئلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهره تناقض ، ويحتمل أن يكون لكل واحد منهم روايتان فى المسئلتين والا فلا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان فى الجواب • (٥٤)

الشرط الرابع : رضا الموصى

لانها ايجاب ملك ، أو ما يتعلق بالملك ، فلابد فيه من الرضا

---

(٥٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٠٤ •

كايجاب الملك بسائر الاشياء ، والرضا معنا قائم بالموصى ، ويمكن أن ينعدم اذا فرضت عليه من غيره ، بأن أكرهه عليها لان من اكره على شيء لا يجب فعله بل يبغضه ، والاكراه عبارة عن اثبات الكره ، والكره معنا قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ، ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر ، قال الله تعالى : « وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم » (٥٥) ، ولهذا قال أهل السنة : ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصى أى لا يحبها ولا يرضى عنهـا وان كانت الطاعات والمعاصى بارادة الله عز وجل ، وهو عبارة عن الدعاء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها (٥٦) •

ولما كان الرضا والاكراه نقيضان لا يجتمعان بل اذا وجد أحدهما انعدم الآخر ، ومن ثم فان انعدم رضى الموصى واكرهه أحد على فعل الوصية كانت الوصية باطلة ، لانعدام شرط الرضا الذى اعتبرناه فيما مضى ركنا فى كافة العقود ، ومنها عقد الوصية ، وان كان قد عد شرطا فى الموصى ، لان الموصى بكافة شرائطه يعد ركنا فى عقد الوصية ، ومن ثم فان بطلان وصية المكره لم ينازع فيه أحد ، لان الوصية فعل خير ويترتب على وقوعها أجر ، فلابد وأن يكون فاعلها مقتنعا بفعلها راض بايقاعها ، ولم يكرهه أحد عليها ، اذ لا يتصور اجبار على فعل الخير •

أمـا المخطـى :

فلا تصح وصيته ، لان فعل الوصية يقتضى التثبت والاحتياط لما يترتب على فعل الوصية من انتقال الملك ، ورضا الورثة بذلك ، والمخطىء جانبه التثبت والاحتياط ، ولان النبى صلى الله عليه وسلم يقول رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه • والخطأ سواء كان فى القول

---

(٥٥) سور البقرة الآية رقم : ٢١٦ •

(٥٦) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٧٥ •

أو الفعل لا يمكن رفعه ، لان ما وقع لا يرتفع ، فيكون المنفى أو المرفوع هو حكمه أو ما يترتب عليه ، ومن ثم فلا تصح وصيته •

وأما الهازل : وهو الشخص الذى يتكلم كلاما أو يفعل فعلا لايقصد من ورائه شيئا ، ولذلك كان قول الهازل لا يعتد به أصلا ، واذا اعتد به فيكون استثناء من القاعدة ، ولذلك القاعدة العامة عدم الاهتمام بكلام الهازل الا فى ثلاث نص عليها الحديث الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم وهى الطلاق والعتاق والنكاح ، وغير هذه الثلاث لا يعتد بقول الهازل ومنها الوصية •

الشرط الخامس

أن لا يكون على الموصى دين مستغرق لجميع تركته

يشترط أن لا يكون الموصى مدينا ، ولذلك لان ذمته مشغولة بالدين والمقصود هنا توزيع التركة بعد موته ، فتتقدم ديونه على وصاياه ، وعلى تقسيم تركته على الورثة •

فان كان الدين مستغرق لتركته فلا تصح وصيته لان الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث ، لقوله تبارك وتعالى : فى آية المواريث « من بعد وصية يوصى بها أو دين » « يوصين بها أو دين » « وتوصون بها أو دين » ، ولما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال : انكم تقرؤن الوصية قبل الدين ، وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية ، أشار سيدنا على رضى الله عنه الى أن الترتيب فى الذكر لا يوجب الترتيب فى الحكم ، وروى أنه قيل لابن عباس رضى الله عنه الى أن الترتيب فى الذكر لا يوجب الترتيب فى الحكم ، وروى أنه قيل لابن عباس رضى الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج ، وبدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى

« وأتموا الحج والعمرة لله » فقال رضى الله عنه كيف تقرؤن آية الدين فقالوا : من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقال وبماذا تبـدؤن قالوا بالدين ، قال رضى الله عنه هو ذاك ، ولأن الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ، ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شىء يصرف الى الوصية والميراث والا فـــلا . (٥٧)

ولأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم لكونه فرضا والوصـية بغير الواجب تبرع وان كان فرضا لكن حق العبد مقدم ، وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف فى موضعه فتكون الوصية به كالتبرع . (٥٨)

وفى رواية للشافعية عن القاضى أنه تصح وصية من عليـه دين مستغرق (٥٩) ولعل هذه الرواية تعنى صحة وصيته حال حياته ودينه مستغرق لكن ان ظل الدين مسـتغرقا بعد وفاته فان وصيته لا يمكن تنفيذها ، أو لعلهم يعنون بالصحة ، صحة العبارة ، ولا يلزم من صحة العبارة صحة التنفيذ ان كان غير ممكن ، لأن صحة التنفيذ تتوقف على التمكن منه ، والتمكن منه يتوقف على وجود المال الذى يسع الوصية ، هذا كله اذا كان على الموصى دين بعد موته ، ولكن أود أن ألفت الانتباه أن الموصى اذا تلفظ بالوصية حال حياته وكان عليه دين صحت الوصية، لأن الدين مستحق عليه حال حياته والوصية مستحقة عليه بعد الموت، فان توفى قدم دينه على وصيته كما ذكر آنفا ، فان اسـتغرق الدين كل التركة بطلت الوصـية ، ولم يكن للورثة شىء لأنه لا تركة الا بعد

---

(٥٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٥ .
(٥٨) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٥ .
(٥٩) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٣٩ .

سداد الدين ، أما اذا بقى شىء بعد سداد دينه أشتركت فيه الوصية مع الارث وصحت وصيته .

وأما معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه أن يخرج الثلث ويعزل عن التركة ، ويبدأ بدفعه الى الموصى له ثم يدفع الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة والموصى له شريك الورثة فى الاستحقاق كأنه واحد منهم ، لا يستحق الموصى له من الثلث شيئا قل أو كثر الا ويستحق منه الورثة ثلثيه ، ويكون فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شىء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ، ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى بل الهالك يهلك على الحقين ، والباقى يبقى على الحقين ، كما اذا هلك بعض التركة وبقى البعض يستوفى كل الدين من الباقى ، وانما معناه أنه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما تحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة ، ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى : يوصيكم الله فى أولادكم للذكر الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها ، أى سوى مالكم أن توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بمعنى سوى .

---

(٦٠) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ .

الفصل الثانى

ما لا يشترط فى الموصى

فيما تقدم تكلمنا عن الشروط التى يجب توافرها فى الموصى وفى هذا الفصل نتكلم عن الاشياء أو الأمور التى لا يجب توافرها فى الموصى بحيث تصح الوصية وتنفذ مع فقدها وهى على النحو التالى :

أولا : الاســـلام •

ثانيا : الســـلامة •

ثالثا : النطـــق •

رابعا : لا يشترط فى الموصى أن يكون ذكرا •

أولا : الاســـلام :

لا يشترط فى الموصى أن يكون مسلما ، بل يجوز أن يكون الموصى ذميا — من له دين ، ويطلق عليه أنه من أهل الكتاب — أو كافرا — وهو الذى لا دين له — وذلك لأن الوصية تبرع ، والكافر والذمى من أهـــل التبرع ، كما أن الكفر وعقد الذمة لا يستوجبان الحجر على من اتصف بأحدهما ، ولان الكفر لا ينافى أهلية التمليك ، ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته ولانهم بعقد الذمة التحقـــوا بالمسلمين فى المعاملات ، (١) ولهذا جاز التبرع المنجز حال الحياة من الجانبين فكذا المضاف الى ما بعد الموت • (٢)

حكم وصية الكافر والذمى :

وحكم جواز وصية الكافر والذمى ليس على الاطلاق ، فان أوصى

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٦ •
(٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٣ •

كافر الى كافر أو ذمى الى ذمى صحت وصيته مطلقا ، حتى ولو أوصى بمعصية كتمليك خمر ، أو بناء بيعة أو كنيسة ، بشرط ألا تكون فى خطة المسلمين أى الاراضى التى يسكنها المسلمون ، لان الخمر وان عـدت معصية الا أنه لا يحظر تملكها وتمليكها بالنسبة اليهم ، وأما البيعـة والكنيسة فانها بالنسبة لهم تعتبر دور عبادة ، وان كانت بالنسـبة لنا معصية (٣) ، وقد نقل عن المالكية : ما ذكره ابن القاسم فى العتبية فى نصرانى أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال : يدفـع الى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين • (٤)

وصـية الحربى المسـتأمن :

وعلى هذا تجوز وصية الحربى المستأمن اذا أوصى للمسـلم أو الذمى يصح فى الجملة لما ذكرنا غير أنه ان كان دخل وارثه معه فى دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف مازاد على الثلث على أجـازة وارثه لأنه بالدخول مستأمنا التزم أحكام الاسلام أو ألزمه من غـير التزام لامكان اجراء الاحكام عليه مادام فى دار الاسلام ، ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة الورثة وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسـلم والذمى ، وكذلك اذا كان له وارث لكنه فى دار الحرب لان امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لأنه لا عصمة لانفسـهم وأموالهم فلان لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة أولى وذكر فى الاصل ولو أوصى الحربى فى دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار

---

(٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٣ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ ، مغنى جـ٣ ص ٣٩ ، الايضاح جـ ٨ ص ١٥٧ ، البحر الزخار جـ٦ ص ٣٠٧ ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ص ٤٢٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٣٤ حاشية الروض المربع جـ ٦ ص ٤١ •

(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٥ •

أو صاروا ذمة ثم اختصما الى فى تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلتها لان الحربى من أهل التمليك ألا يرى أنه من أهل سائر التمليكات كالبيع ونحوه ، فكانت وصيته جائزة فى نفسها الا أنه ليس لنا ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها فى دارهم فاذا اسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها مادام الموصى به قائما ، فأما اذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لان أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا ذمة لا يؤخذون بما استهلك بعضهم على بعض ، وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا . (٥)

أما وصية المرتد : فانها لا تصح حال ارتداده ، لان المرتد أصلا يستتاب ثلاثا ، فان تاب والا قتل ، وماله حال ردته يخرج عن ملكه ، فان أوصى بشيء فقد أوصى بما لا يملك .

ثانيا : سلامة الموصى :

لا يشترط فى الموصى عند صدور الوصية أن يكون سليما ، فان كان سليما قبلت وصيته وصحت من باب أولى : لان وصف السلامة فى سائر العقود يجعل العقد قويا بحيث لا يمكن الاعتراض عليه من أحد لاسيما فى العقود التى يترتب عليها نقل الملكية حال حياة العاقد ، ولكون الوصية لا تنتقل الملكية بموجبها الا بعد الموت ، لذلك لا يشترط فى الموصى أن يكون سليما من الامراض ، بل ان وقعت الوصية اثناء المرض صحت ومع هذا سنتكلم عن المرض من حيث أقسامه ووقوع الوصية فيه والاشياء التى تلحق بالوصية فى الحكم أو تأخذ حكمها وتعتبر وصية .

والمريض الذى يلزم أن تكون أفعاله من الثلث ، هو كل مريض لزم الفراش ويزوره الناس ، ورجعت حوائجه الى الناس من الدخول

---

(٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ .

والخروج بنفسه ، ولم يقدر عليها ، وكذلك الاحوال المخــــوفة من المــوت • (٦)

ويشترط فى المريض الذى تترتب عليه أحكام المرض بما فيهـــا الوصية وغيرها شرطان :

الأول : أن يتصل بمرضه الموت غالبا ، ولو صح فى مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت •

الثانى : أن يكون مخوفا ، فان لم يكن مخوفا بأن لم يعتقــد من حوله أنه سيموت ، فانه لا يعتبر مرض موت ، وكذلك ان كان هـــذا المرض من الامراض المعتادة التى لا يستند اليها الموت غالبا فلا يسمى مرضــا مخوفا •

وبناء على توافر هذين الشرطين أو عدم توافرهما تنقسم الامراض التى تتوافر فيها الشروط أو لا تتوافر الى أربعة أقسام :

١ ـــ غير مخوف ، مثل وجع العين والضرس والاذن والصداع اليسير ، وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لانه لا يخاف منه فى العـــادة •

٢ ـــ الامراض الممتدة ، كالجذام ، وحمى الربع ، والفــالج فى انتهائه والسل فى ابتدائه ، والحمى الغب ، فهذا الضرب ان أضنى صاحبه على فراشه فهى مخوفة وان لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجىء فعطاياه من جميع المال وهو ما قال به الحنابلة • (٧) قال القاضى هذا

---

(٦) الايضاح جـ ٨ ص ١٦١ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٤ •
(٧) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٨٤ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٥ •

تحقيق المذهب فيه وقد روى حرب عن أحمد فى وصية المجزوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنهما صارا صاحبى فراش وبه يقول الاوزاعى والثورى ومالك • (٨) وأبو حنيفة وأصحابه • (٩) وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجهان فى صاحب الامراض الممتدة أن عطيته من صلب المال وهو مذهب الشافعى • (١٠) ولعل هذه الرواية المقصود بها اذا كان صاحب المرض الممتد لم يصر صاحب فراش ، وان كان لم يرد نص على هذا ، لانه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، فصار كالهرم الذى يذهب ويجىء فانه لا تعجل عطاياه من الثلث •

والراجح أن صاحب المرض الممتد يعد صاحب فراش يخشى عليه التلف فيشبه صاحب الحمة الدائمة ، وأما صاحب الهرم اذا انقطع سيره ذهابا وايابا واحتاج فى قضاء مصالحه لغيره فيعتبر من قبيل المرض الممتد كأنه صاحب فراش •

٣ — من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشاته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لانه لا يبقى له عقل ثابت وان كان ثابت العقل كمن خرقت حشاته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه من الثلث فان عمر رضى الله عنه خرجت حشاته فقبلت وصيته ولم يختلف فى ذلك ، وعلى رضى الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله •

٤ — مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كالبرسام ، وهو بخار يرقى الى الرأس ويؤثر فى الدماغ فيختل العقل والحمى الصالب والرعاف الدائم ، لانه يصفى الدم فيذهب القوة ،

---

(٨) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٧٠ •
(٩) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٩٦ •
(١٠) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٥٠ •

وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب ، ووجع القلب والرئه ، فانهـــا لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها ، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام فى بعض الأمعاء ولا ينزل عنه فهذه كلها مخوفه سواء كان معها حمى أو لم يكن ، وهى مع الحمى أشد خوفا ، فان ثاوره الدم واجتمع فى عضو كان مخوفا لانه من الحرارة المفرطة ، وان هاجت به الصفراء فهى مخوفة ، لانها تورث يبوسة وكذلك البلغم اذا هاج ، لانه من شدة البرودة ، وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها ، والطاعون مخوف لأنه من شدة الحرارة الا أنه يكون فى جميع البدن ، وأما الاسهال فان كان منخرقا لا يمكن منعه ولا امساكه فهو مخوف ، وان كان ساعة ، لان من لحقه ذلك أسرع فى هلاكه ، وان لم يكن منخرقا لكنه يكون تارة وينقطـــع أخرى ، فان كان يوما أو يومين فليس بمخوف لان ذلك قد يكون من فضلة الطعام الا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعا ، فانه يكـــون مخوفا لان ذلك يضعف ، وان دام الاسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن ، وما أشكل أمره من الامراض رجع فيه الى قول أهـــل المعرفة وهم الاطباء أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل الا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين ، لان ذلك يتعلق به حق الوارث ، وأهل العطايا فلم يقبل فيه الا ذلك ، قياس قول الخرقى أنه يقبـــل قـــول الطبيب العدل اذا لم يقدر على طبيبين كما ذكرنا ، فهـــذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضى الله عنه فانه لـــا جرح سقاه الطبيب لبنا فخرج من جرحه فقال له الطبيب اعهـــد الى الناس : فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصـــيته وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد الى عمر فنفذ عهده ٠ (١١)

---

(١١) انظر أنواع الأمراض فى : الايضاح جـ ٨ ص ١٦١ ، المغنى جـ ٦ ص ٣١٥ ٠

عطيــة الحــامل

ويلحق بالمرض المخوف الحامل ، خصوصا اذا كانت فى أيامهـــا الاخيرة للحمل أو اذا أصابها الطلق ، فعطاياها تخرج من الثلث وهــذا رأى مجمع عليه أما اذا صار لها ستة أشهر ، فان عطيتها من الثلث وهذا قول مالك (١٢) وقال : اذا أثقلت لا يجوز لها الا الثلث ولم يحــد وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، (١٣) وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة: عطية الحامل من الثلث ، وقال : أبو الخطاب عطية الحــامل من رأس المال ما لم يضر بها المخاض فاذا ضر بها المخاض فعطيتها من الثلث وبهذا قال النخعى ومكحول ويحيى الانصارى والاوزعى والثورى والعنبرى وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعى (١٤) ولانها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ، ولأنها انما تخاف الموت اذا ضربها الطلق فأشــبهت صاحب الامراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش •

وقال الحسن والزهرى عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثانى للشافعى لان الغالب سلامتها •

ووجه قول الخرقى : أن ستة الاشهر وقت يمكن الولادة فيه وهى من أسباب التلف ، والصحيح ان شاء الله أنها اذا ضربها الطلــق كان مخوفا لانه ألم شديد يخاف منه التلف فاشبهت سائر الامراض المخوفة، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فان بقيت المشيمة معها فهو مخوف وان مات الولد معها فهو مخوف لأنه يصعب خروجه،وان وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهــو

---

(١٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٠ •
(١٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٦ •
(١٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٢ •

مخوف وان لم يكن شىء من ذلك فقد روى عن أحمد (١٥) فى النفساء ان كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ويحتمل أنه أراد بذلك اذا كان معه ألم للزومه لذلك فى الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فانها اذا كانت ترى الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام ، وان أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له الا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعى الا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف • (١٦)

ويحصل الخوف بغير ما ذكرنا فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض :

١ — اذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للاخرى أو مقهورة ، فاما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة وكذلك اذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمى بالسهام أو لم يكن فليست حالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أو مفترقتين وبه قال مالك (١٧) والحنابلة (١٨) والاوزاعى والثورى ونحوه عن مكحول وعن الشافعى قولان : (١٩)

أحدهما : قول الجماعة •

والثانى : ليس بمخوف لانه ليس بمرض •

واستدل : أن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولان المرض انما جعل مخوفا لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك•

وقال احمد : اذا حضر القتال كان عتقه من الثلث وعنه اذا التحم

---

(١٥) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٦ •
(١٦) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٢ •
(١٧) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٠ •
(١٨) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٧ •
(١٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٣ •

الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يجعل هذه رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزا لكونها فى حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته فى صحة الوصية من المال كله لكن يقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة فان حكم وصية الصحيح وخاف التلف واحد • (٢٠)

٢ ــ اذا قدم ليقتل فهى حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره •

وللشافعى فيه قولان :

أحدهما : أنه مخوف •

والثانى : ان جرح فهو مخوف والا فلا لانه صحيح البدن والظاهر العفو عنه •

وجه ذلك : أن التهديد بالقتل جعل اكراها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثير من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الاحكام واذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعدها وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فان المريض لم يكن مثبتا لهذا الحكم لعينه بل الخوف افضائه الى التلف فثبت الحكم ههنا بطريق التنبيه لظهور الخوف •

٣ ــ اذا ركب البحر فان كان ساكنا فليس بمخوف ، وان تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف ، فان الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه وتعالى « هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح

---

(٢٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٧ •

عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين » (٢١) .

٤ — الاسير والمحبوس اذا كان من عادته القتل فهو خائف ، عطيته من الثلث والا فلا ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك وابن أبى ليلى وأحد قولى الشافعى،وقال الحسن لما حبس الحجاج اياس بن معاوية: ليس من ماله الا الثلث ، وقال أبو بكر : عطية الاسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهرى والثورى واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد بن حنبل ، وتأول القاضى ما روى عن أحمد بن حنبل فى هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء ، وقال الشعبى ومالك الغازى عطيته من الثلث ، وقال مسروق : اذا وضع رجله فى الغرز ، وقال الازرعى المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه ، والصحيح ما ذكرنا من التفصيل لان مجرد الحبس والاسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز الحاقه به ، واذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

٥ — اذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد أنه يخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فانه ليس بمرض ، وانما يخالف المرض والله وأعلم(٢٢)

---

(٢١) سورة يونس الآية رقم : ٢٢ .

(٢٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٨ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٣ ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار جـ ٦ ص ٣١٤ .

بعض تصرفـات المـريض

أولاً : المحاباة فى المرض :

وهى أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه .

وهى على أقسام :

أحدها : المحاباة فى البيع والشراء :

ولا يمنع ذلك صحة العقد فى قول الجمهور (٢٣) ، وقال أهـل الظاهر العقد باطل(٢٤) . واسـتدل بعموم قول الله تعالى (وأحـل الله البيع) (٢٥) ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض، فلو باع فى مرضه عبدا لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقـد حابى المشترى بثلثى ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فان أجاز الورثة ذلك لزم البيع وان لم يجيزوا فاختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لان الصفقة تبعضت عليه ، وان اختار امضاء البيع فالصحيح عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى ، والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله ، الى هذا أشار القاضى فى نحو هذه المسأله ، لانه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن ، وقال أهل العراق يقال له ان شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع ، وان شئت فسـخت ولا شىء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث .

واستدل : أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عنـد تعذر أخذ جميعه ، فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسـخ البيع فى أحدهما لعيب أو غيره ، أو كما لو اشترى شقصاً وسيفا فأخذ

---

(٢٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٩٢ ، الايضاح جـ ٨ ص ١٦٠ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٦ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٤ .

(٢٤) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٣ .

(٢٥) سورة البقرة الآية رقم ٢٧٥ .

الشفيع الشقص ، أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءا من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزا يساوى ثلاثين بقفيز قيمته عشرة .وأما الوجه الذى اختاره القاضى فلا يصح لانه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله ، فلا يصح كما لو قال : بعتك هذا بمائة فقال قبلت نصفه بها ولانه اذا فسخ البيع فى بعضه وجب أن يفسخه فى قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه ، كما لا يجوز فسخ البيع فى الجميع مع بقاء ثمنه •

وأما أهل العراق فان فيه اجبار الورثة على المعاوضة على غير هذا الوجه الذى عاوض مورثهم واذا فسخ البيع لم يستحق شيئا لان الوصية انما حصلت فى ضمن البيع فاذا بطل البيع زالت الوصية ، كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج ، وان اشترى عبدا يساوى عشرة بثلاثين فانه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وان باع العبد الذى يساوى ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع فى ثلثه بثلثى الثمن وعلى قول القاضى للمشترى خمسة أسداسه بكل الثمن ، وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع الى قيمته فيصبح البيع فى قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الاول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقى فيصح البيع فى قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثى الثمن ، فان خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الاول يصح البيع فى ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن • وعلى الوجه الثانى يأخذ المشترى نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعه وان باع قفيز حنطة يساوى ثلاثين بقفيز يساوى عشرة أو بقفيز يساوى خمسة عشر تعين الوجه الذى اخترناه فى قول القاضى ومن وافقه لان المساواة ههنا شرط فى صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه ، وطريق حسابها بالجبر فيما اذا باعه بما يساوى ثلث قيمته أن نقول يجوز البيع فى شيء من الارفع بشيء من الادون وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثى شيء أقلهما من الارفع يبق

قفيز الا ثلثى شىء يعدل مثلى المحاباة وذلك شىء وثلث شىء فاذا جبر
عدل شيئين بالشىء نصف القفيز •

ثانيــا : المحاباة فى التزويج :

اذا تزوج فى مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصــدقها عشرة
لا يملك سواها ثم مات بطلت المحاباة الا أن يجيزها سائر الورثة ، وان
لم ترثه لكونها مخالفة له فى الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها
به ، وان ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالا سوى ما أصدقها دخلهــــا
الدور فتصح المحاباة فى شىء فيكون له خمسة بالصداق وشىء بالمحاباة
ويبقى لورثة الزوج خمسة الاشياء ثم رجع اليهم بالميراث نصف مالها
وهو اثنان ونصف ونصف شىء صار لهم سبعة ونصف الا نصف شىء
يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشىء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع الى
ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فان ترك الزوج
خمسة أخرى قلت يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف الا نصــف
شىء يعدل شيئين بالشىء خمسه فجازت لها المحاباة جميعها ، ورجــع
جميع ما حاباه به الى ورثة الزوج وبقى لورثتها صداق مثلها ، وان كان
للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شىء قلت يبقى مع ورثة الزوج عشرة الا
نصف شىء يعدل شيئين فالشىء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع
خمسها أربعة عشر رجع الى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذى بقــى
لهم ، صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة وان عليها دين ثلاثة قلت يبقى مع
ورثة الزوج ستة الا نصف شىء يعدل شيئين فالشىء ديناران وخمسان،
والباب فى هذا أن ننظر ما يبقى فى يد ورثة الزوج فخمساه وهو الشىء
الذى صحت المحاباة فيه وذلك لان بعد الجبر يعدل شيئين ونصــفا ،
والشىء هو خمسا شيئين ونصف وان شئت أسقطت خمسة وأخذت
نصف ما تبقى •

---

(٢٦) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٩٥ •

ثالثـا : المخالعة فى المرض :

أن يخالعها فى مرضها بأكثر من مهرها فمذهب أحمد بن حنبل (٢٧) أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الاقل من العوض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة (٢٨) : أن خالعها بعد دخوله بها ومات قبل انقضاء عدتها لانها متهمة فى أنها قصدت ايصـال أكثر من ميراثه اليه ، وعند مالك (٢٩) ان زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة ، وعن مالك ان خلع المريضة باطل وقال الشافعى الزيادة على مهر المثـل محاباة تعتبر من الثلث • (٣٠)

وقال أبو حنيفة : ان خالعها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ، ومثال ذلك : امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قـبل صداقها أو كثر لانها قدر ميراثه ، وعند الشافعى له ثمانية عشر ، اثنا عشر لانها قدر صداقها وثلث باقى المال بالمحاباة وهو ستة ، وان كان صداقها ستة فله أربعة عشر لان ثلث الباقى ثمانية •

ومريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولهـا شىء بالمحاباة والباقى له ثم رجع اليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شىء صار مع ورثته خمسة وتسعون الا نصف شىء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشىء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقى مع ورثته اثنان وخمسون فرجع اليهم بالخلع أربعـة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقى للمرأة أربعة وعشرون •

---

(٢٧) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٩٥ ، منار السبيل جـ ٢ ص ٢٢٦.
(٢٨) تبيين الحقائق •
(٢٩) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٤ •
(٣٠) مغنى المحتاج •

وعند الشافعى يرجع اليهم صداق المثل وثلث شىء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة الا ثلث شىء يعدل شيئين فالشىء ثلاثة اثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع اليه مهر المثـــل وثلث الباقى اثنا عشر ونصف فيصير بأيدى ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محـــــــــاباتها •

وعند أبى حنيفة يرجع اليهم ثلث العشر وثلث الشىء فصـــــار معهم ثلاثة وتسعون وثلث الا ثلثى شىء ، فالشىء ثلاثة أثمـــانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع الى الزوج ثلثها صار لورثتها ولورثته سبعون ، هذا اذا ماتت بعد انقضاء عدتها ، وان تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون الا نصف شىء يعدل شيئين ، فالشىء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذى صحت المحاباة فيه فلها ذلك ، وعشرة بالمثل صـــار لها مائة وثمانية وستون رجع الى الزوج نصفها أربعة وثمـــانون وكان الباقى معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعـــــة وثلاثـــون ، (٣١)

رابعـــا : العتق فى المرض :

العتق هو حق للمعتق ، سواء حال الصحة أو فى مرضـــه ، فان أعتق حال الصـــحة ولم يكن معلقا كان من رأس المـــال ، لأن التعليق على الموت أثناء الصحة يعتبر تدبيرا لا وصية ، وان كان البعض يجعلون الوصية بالعتق تدبيرا ، أما اذا أعتق حال مرضه ، وكان المرض مخوفا ، فاما أن ينفرد العتق وحده أو يشاركه غيره ، فان انفرد العتق وحـــده كان وصية أو فى حكم الوصية ، بمعنى أن يكون محدودا بثلث المـــال ، فلا يتجاوزه الا اذا أجازت الورثة ، لان الاجازة من حق الورثة •

---

(٣١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٩٨ •

ومثال انفــراد العتق :

اذا قال المريض اذا أعتقت سعدا فسعيد حر ثم أعتق سعدا عتق سعيد أيضا أن خرجا من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث الا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين :

أحدهما : أن سعدا سبق بالعتق .

الثانى : أن عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه لفات اعتـــاق سعيد أيضا لفوات شرطه وان بقى من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه ، وان قال : ان أعتقت سعدا فسعيد وعمر حران ثم أعتق سعدا ولم يخرج من الثلث الا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وان خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمر وفيما بقى من الثلث لان عتقهما فى حال واحد وليس عتق أحدهما شرطا فى عتق الآخر ، وان خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية فى أحدهما وحصول التشقيص فى الآخر . وان قال : ان أعتقت سعدا فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران فى حال اعتاقى سعدا فالحكم سواء لا يختلف لان عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه ، وان كان الشرط فى الصحة والاعتاق فى المرض فالحكم على ما ذكرناه .

المثــال الثــانى : اشتراك العتق مع المحاباة فى التزويج :

وان قال : ان تزوجت فعبدى حر فتزوج فى مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث ، وان لم تخرج من الثلث الا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكــون التزويج شرطا فى عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يتساويا لان التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة ؟ على روايتين وهـــذا اذا ثبت

المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج اما لوجود مانع من الارث أو لمفارقته أياها فى حياته اما بموتها أو طلاقها أو نحوه ، فأما ان ورثته تبينا انها غير ثابتة لها الا باجازة الورثةفينبغى أن يقدم العتق عليها لانه لازم غير موقوف على الأجازة فيكون متقدما ، وان قال أنت حــر فى حــال تزويجى فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل فعلى القول الاول يتساويان لان التزويج جعل جعالة لايقاع العتق كما فى سعد وسعيد وبطـــلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه ، وعلى الاحتمال الذى ذكرته يكون العتق سابقا لان المحاباة انما تثبت بتمام التزويج والعتـــق قبل تمامه فيكون سابقا على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما اذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث •

واذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتـــق وورث المريض اذا مات وبهذا قال مالك (٣٢) ، والحنابلة (٣٣) ، وأكثر أصحاب الشافعى (٣٤) وقال بعضهم يعتق ولا يرث لان عتقه وصـــية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لانه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق المرهون وصية ويعتبر خروجـــه من الثلث فان خرج من الثلث عتق وورث وان لم يخرج من الثلث يسعى فى قيمة باقية ولم يرث فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمـــد : يحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شىء سعى فيه • (٣٥)

واستدل : أن الوصية هى تبرع بماله بعطية أو اتلاف أو التسبب الى ذلك ولم يوجد واحد منهما ، لان العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعطية ولا اتلاف لماله وانما هو تحصيل شىء

---

(٣٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٥ •
(٣٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٦ •
(٣٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٧ •
(٣٥) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٦ •

يتلف بتحصيله فأشبه قبوله شيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه فى وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فانه تضييع لماله فى ثمنه ، وقال القاضى : هذا الذى ذكرناه قياس قول أحمد لانه قال فى مواضع : اذا وقف فى مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية ، لان الوقف ليس بمال لانه لا يباع ولا يورث ، قال الخبرى هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافا . (٣٦)

فأما ان اشترى من يعتق عليه فقال القاضى : ان حمله الثلث عتق وورث وهذا قول مالك وأبو حنيفة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق فان كان الوارث ممن يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اذا ورثه ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه فان فضل من قيمته شيء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك : يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية واجازة للوارث فهذا أولى لان العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية ، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لانه لم يصل اليه ولا وصية للبائع لانه قد عاوض عنه وانما هو كبناء مسجد وقنطره فى أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث .

واختلف أصحاب الشافعى فى قياس قولهم فقال بعضهم : اذا حمله الثلث عتق وورث لان عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا ، وقيل يعتق ولا يرث ، لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وورثه فيفضى توريثه الى ابطال توريثه فكان ابطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه شراؤه باطل لأن ثمنه وصية ، والوصية تقف على خروجها من الثلث أو اجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا ، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتى درهم وابنا آخر

---

(٣٦) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٧٦ .

فانه يعتق وله مائة ولاخيه مائة وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى، وقيل على قول الشافعى لا يرث والمائتـان كلها للابن الحـر ، وقال أبو يوسف ومحمد : يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمته نصف الباقى من ميراثه ، واذا كانت قيمته مائتين وبقية التركة مـائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يعتق منه نصفه لانه قدر ثلث التركة ويسعى فى قيمة باقيه ولا يرث لان المستسعى عنده كالعبد لا يرث الا فى أربعة مواضع :

١ — الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه .

٢ — والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك .

٣ — العبد المرهون يعتقه سيده .

٤ — والمشترى للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران .

ففى هذه المواضع يسعى كل واحد فى قيمته وهو حر يرث ، وقال أبو يوسـف ومحمد : يرث نصـف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبتـه ويسـعى فى ربع قيمته لأخيـه وان وهب له ثلاث أخوات متفـرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك ، وان كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبرى عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك ، وعلى قول القاضى يعتق ثلثهن فى أحد الوجهين وهو قول مالك ، وفى الآخر يعتق كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة فى جميع ماله فى أصح الروايتين وان ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن ، وقال أبو حنيفة اذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة فى الاخت للاب والاخت للام فى نصف قيمتها للاخت من الاب والام وانما لم يرثا لانهما لـو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكـان يبقى عليهما سعاية واذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهى رقبة بينهما نصفين ، وأما الاخت للابوين فاذا ورثت عتقت لان لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورث وبطلت وصيتها ،

وقال أبو يوسف ومحمد تبعض وتسعى كل واحـدة فى الأخت للاب والاخت من الام للاخت من الابوين فى خمس قيمتها لان كل واحـدة ترث ثلاثة أخماس رقبته وعلى قول الشافعى يعتق .

وإذا اشترى المريض اباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابنا فعلى القول الذى حكاه الخبرى عن أحمد يعتق كله على المريض وله ولاؤه وعلى قول القاضى يعتق ثلثه بالوصية ويعتق باقيه على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولائه للمشترى وثلثاه لابنه وهذا قول مالك وقيل هو مذهب للشـافعى ، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثه بالوصـية ويسعى للابن فى قيمـة ثلثـه ، وقال أبو يوسـف ومحمد يعتق سـدسه لأنه ورثه ويسعى فى خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيـل على قول الشافعى يفسخ البيع الا أن يجيز الابن عتقه ، وقيل يفسـخ فى ثلثيه ويعتق فى ثلثه وللبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه ، وقيل لا خيار له لانه متلف فان ترك ألفين سواه عتق كله وورث سـدس الالفين والباقى للابن ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقيل نحـوه على قول الشافعى ، وقيل على قوله يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه مفسوخ وقال أبو يوسف ومحمد يرث الابن سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى فى نصف قيمته ولا وصية له ، وان اشترى ابنه بألفين لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء فى الوجه الاول ، وفى الوجه الثانى يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند المـوت وولاؤه بينهما أثلاثا وبهذا قال مالك وقول الشافعى فيه على ما ذكـرناه فى مسألة الأب .

وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصية ويسعى فى قيمة ثلثيه للأب ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يرث خمسة أسداسه ويسـعى فى قيمة سدسه وان ترك ألفين سواه ، عتق كله وورث خمسة أسـداس الالفين وللاب السدس وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : للاب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منهـا

ويأخذ ألفا وخمسمائة ، وان خلف مالا يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الاول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل ، وعلى الوجه الثانى يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية ، فان لم يخلف المشترى أبا حرا ولكن خلف أخا حرا ولم يترك مالا عتق من رأس المال على الوجه الاول ، ويعتق ثلثه على الثانى ويرث الاخ ثلثيه ثم يعتق عليه ، وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه ويسعى لعمه فى قيمة ثلثيه ، وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق كله ولا سعاية ، وان خلف ألفين سواه ، عتق وورث الالفين ولا شىء للاخ فى الاقوال كلها الا ما قيل على قول الشافعى انه يعتق ولا يرث ، وقيل شراؤه باطل فان اشترى ابنيه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا ألف وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقى لان المشترى حاباه به ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين ، وعلى الوجه الثانى يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه ، وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثا وقال أبو حنيفة : الثلث للبائع ويسعى المشترى فى قيمته لأخيه، وقال أبو يوسف ومحمد يسعى فى نصف رقبته ويرث نصفها ، وقال الشافعى المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه ، وقيل يفسخ البيع فى ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لان فى تقديمها تقرير ملك الأب على ولده ، وقيل يفسخ البيع فى جميعه فان كانتقيمته ثلث الالف فعلى الوجه الاول يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة فى ثلث الباقى وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أتساع ألف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين :

أحدهما : تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثى الالف فيكون بينهما .

الثانى : أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا فى الوجه الاول ، وقال أبو حنيفة للبائع بالمحاباة الثلث

ويرد الثلث ويسعى الابن فى قيمته لاخيه وفى قول أبى يوسف ومحمد يرد البائع ثلث الألف فيكون للابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث

وقيل على قول الشافعى يرد البائع ثلث الالف فيكون ذلك مع الابن المشترى الحر ، وقيل غير ذلك ، وان اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حرا ، ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه الا فى قول الشافعى ومن وافقه فان الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثى الثمن وذلك تسعا رقبة لانه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته ، وقيل : يفسخ البيع فى ثلثيه ، وقيل : جميعه ، وقال أبو حنيفة يسعى لاخيه فى قيمة ثلثيه ، وقال أبو يوسف ومحمد يسعى له فى نصف قيمته فان ترك ألفين سواه عتق كله لان التركة هى الثمن مع الفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الالفين وهو قول الشافعى ، وقيل يعتق ولا يرث وعند أبى حنيفة وأصحابه التركة قيمته مع الالفين وذلك خمسة آلاف ، فعلى قول أبى حنيفة يعتق منه قدر الثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لاخيه فى الالف وثلث الالف ، وفى قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لاخيه فى خمسمائة والالفان لاخيه فى قولهم جميعا .

ولو اشترى المريض ابنى عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاه فان قياس قول القاضى ان شاء أن يعتق ثلثا المعتق الا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثى بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه ويبقى تسعه وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعا لانه يصير بالاعتاق وارثا لثلثى التركة فتنفذ اجازته فى اعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له ، وفى قياس قول أبى الخطاب يعتق ثلثاه ولا يرث لانه لو ورث لكان اعتاق وصية له فيبطل اعتاقه ثم يبطل ارثه فيؤدى توريثه الى ابطال توريثه

وهذا قول للشـافعي ، ويبقى ثلثه للعم الآخر وابن العم الآخر للمولى، وقال أبو حنيفة يعتق ثلثا المعتق ويسعى فى قيمة ثلثه ولا يرث ، وقال أبو يوسف ومحمد يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكونان أحـق بالميراث من المولى ، فان كان للميت مال سواهما أخذ ذلك المال بالميراث ويغرم المعتق لاخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لان عتـق الأول وصية له ولا وصية لوارث ، وقد صار وارثا مع أخيـه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه ، وورث أخوه الباقى ، وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذى جرى فيها فيغرم الاول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لاخيه ، وأما قول أبى خنيفة فان كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا وغرم الاول لاخيه نصف قيمته أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه لانه اذا لم يدع وارثا جازت وصيته لانهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الاول لانه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية يصير حرا فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية فى جميع رقبته لان الميت اذا لم يدع وارثا جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعا ويرجع الثانى على الاول بنصف قيمته لانه يقول قد صرت أنا وأنت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئا دونى وقد كانت رقبتى لك وصية وعتقت من قبلك فاضـمن لى نصف رقبتى فان كان معسرا وهناك مال غيرهما أخذ الثانى نصـفه ثم أخذ من النصف الثانى نصف قيمة نفسه وكان ما بقى ميراثا لاخيـه الأول • (٣٧)

وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش

---

(٣٧) راجع هذه الفروع فى : المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٠ ــ ٨٢ مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٧ ــ ٥٩ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٦ ــ ١٩٩، الايضاح جـ ٨ ص ١٥٨ ــ ١٦٣ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٨ ــ ٣٢٠ •

الجناية ، وجناية عبده ، وما عاوض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا وهذا عند الشافعى وأصحاب الرأى وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لانه صرف لماله فى حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الاطعمة التى لا يأكل مثله جاز وصح شراؤه لانه صرف لمثله فى حاجته ، وان كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » •

فأما ان قضى المريض بعض غرمائه ووقت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وان لم يف بها ففيه وجهان :

أحدهما : ان لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبو حنيفة لان حقوقهم تعلقت بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولانه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك اذا قضاها •

والثانى : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعى لانه أدى واجبا عليه فصح كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فانه لو اشترى ثيابا مثمنه صح ولو وصى بتكفينه فى ثياب مثمنة لم يصح ، يحقق هذا أن ايفاء ثمن المبيع لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك اذا تراخى اذ لا أثر لتراخيه •

واذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه • نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده فى مرضه ، ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد الى الرق ، وهذا لان الحق يثبت بالتبرع فى الظاهر فلم يقبل اقراره فيما يبطل به حق غيره • (٣٨)

(٣٨) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٨٣ •

ولو تتبعنا مسائل الرق ووقوع العتق فى المرض سواء كان قريبا للموصى أو لم يكن قريبا ، ووسعه الثلث أو ضاق عنه ، ومتى يرجع الى رأس المال وغير ذلك من المسائل المفترضة أو الواقعة لتشعب البحث وكثرت مسائله . ولذلك رأينا أن ما ذكر من تصرفات المريض يعتبر مثالا لا حصرا ، وهذا القدر المذكور يعتبر كاف لتخريج بقية المسائل عليه .

تزاحم الوصايا

معناه : أن الموصى يكون قد أوصى بوصايا متعددة فان وسعها الثلث فلا يكون ثمة أشكال ولا تزاحم ، لان الوصايا وان تعددت فقد وسعها الحق المقرر للموصى ، أما اذا لم يسعها الثلث ، وقد كانت وصايا متعددة فى الصحة ، أو بعضها فى الصحة وبعضها فى المرض ، أو كانت كلها فى المرض ، أو كان بعضها حقوقا لله والبعض الآخر حقوقا للعباد ، أو كانت كلها حقوقا لله ، أو حقوقا للعباد ، أو كان بعضها وصايا صريحة والبعض الآخر الحق بالوصايا ، كتصرفات المريض من عتق ومحاباة فى بيع أو شراء أو نكاح أو خلع ، فهذا ما يسمى بتزاحم الوصايا ، وهو أن الموصى واحد ، والوصايا متعددة .

فمن أوصى بما لا يحمله ثلثه بدىء بما بدأ الموصى فى الذكر أى شىء كان حتى يتم الثلث فان تم بطل سائر الوصية فان كان أجمل الامر تحاصوا فى الوصية وهذا قول أهل الظاهر . (٣٩)

وروى عن ابن عمر ، وعطاء ، الخرسانى ، وصح عن مسروق ، وشريح والحسن البصرى ، وابراهيم النخعى ، وسعيد بن المسيب ، والزهرى ، وقتادة وسفيان الثورى ، واسحاق بن رهويه ، أنه يبدأ بالعتق على جميع الوصايا وروى من طريق سعيد بن منصور نا جرير عن المغيرة عن ابراهيم النخعى قال : انما يبدأ بالعتق اذا كان مملوكا له

---

(٣٩) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٣ .

سماه باسمه فأما اذا قال اعتقوا عنى نسمة فالنسمة وسائر الوصـية سواء ، وهو قول الشعبى ، ورويناه من طريق سعيد بن منصور قال : نا أشعث بن سوار عن الشعبى قال هشيم سـمعت ابن أبى ليلى وابن شبرمه يقولانه •

وقول ثالث : وهو أنه تتحاص الوصايا ، العتق وغيره سواء رويناه من طريق الحجاج ابن المنهال نا حماد بن سلمة نا حماد بن زيد نا أيوب السختيانى عن محمد بن سيرين ثم اتفق عطاء وابن سيرين فيمن أوصى بعتق واشياء فزادت على الثلث ان الثلث بينهم بالحصص •

ومن طريق سعيد بن منصور نا هشيم أنا مطرف ــ هو ابن مطرف ــ عن ابراهيم النخعى قال : يبدأ بالعتاقة ، وقال الشعبى بالحصص، ومن طريق سعيد بن منصور قال هشيم : نا يونس بن عبيد عن الحسن أنه قال : يبدأ بالعتق ثم قال بعد ذلك بالحصص ، وهو قول أحمـد بن حنبل ، (٤٠) وأبى ثور وأحد قولى ابن شبرمه وزاد أنه يستسعى فى العتق فيما فضل عن الوصية •

وأما المتأخرون فان الليث بن سعد قال : يبدأ بالمدبر والمعتق بتلاف المرض ، ويتحاصان ان لم يحملهما الثلث ثم من بعدهما بمن أوصى به جملة مع سائر الوصايا ، وقال الحسن ابن حى : يبدأ بالمعتق بتـلاف المرض ثم العتق وسائر الوصايا سواء يتحاص فى كل ذلك • (٤١)

وقال أبو حنيفة (٤٢) : يبدأ بالمحاباة فى المرض ثم بعده بالعتق بتلاف المرض اذا كان العتق بعد المحاباة فان أعتق فى مرضه ثم حابى تحاصا جميعا ، فان حابى فى مرضه ثم أعتق ثم حابى فللبائع المحـابى

---

(٤٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٥ •
(٤١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٣ •
(٤٢) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٦ •

أولا نصف الثلث ويكون نصف الثلث الباقى بين المعتق فى المرض بتلاف وبين المحابى فى المرض آخرا فهذا يقدم على جميع الوصايا سواء قدم ذلك فى الذكر أو أخره فان أوصى مع ذلك بحج وعتق وصدقة ووصـايا لقوم بأعيانهم قسم الثلث أو ما بقى منه بين الموصى لهم بأعيانهم وبين سائر القرب فما وقع للموصى لهم بأعيانهم دفع اليهم وتحاصوا فيه وما وقع لسائر القرب بدىء بما بدأ به الموصى فى الذكر فاذا سـم فـلا شىء لمـا بقـى •

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن القاضى يبدأ بالعتق فى المرض أبدا على المحاباة فى المرض ثم المحاباة ، فان أوصى بعتق مطلق أو بعتق عبد فى ملكه وبمال مسمى فى سـبيل الله عز وجل وبصـدقة وفى الحج ولانسان بعينه تحاص كل ذلك فما وقع للموصى له بعينه أخذه وسائر ذلك يبدأ بما بدأ به الموصى بذكره أولا فاولا فاذا تم الثلث فلا شىء لمـا بقى •

وقال زفر بن الهزيل : أعتق بتلافى مرضه ثم حابى فى مرضه بدىء بالعتق وان حابى فى مرضه ثم أعتق بدى بالمحاباة ثم سائر الوصـايا سواء ما أوصى به من القرب وما أوصى به لانسـان بعينـه كل ذلك بالحصص لا يقدم منه شىء على شىء • (٤٣)

وقال مالك : يبدأ بالمحاباة فى المرض ثم بالعتق بتلافى المرض والمدبر فى الصحة ويتحاصان ثم عتق من أوصى بعتقه وهو فى ملكه وعتـق من سماه وأوصى بأن يباع فيعتق بعينه ويتحاصان ثم سائر الوصـايا ويتحاص مع ما أوصى به من عتق غير معين ، وقد روى عنه ان المدبر يبدأ أبدا على العتق بتلافى المرض • (٤٤)

---

(٤٣) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٧ •
(٤٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٦ •

وقال الشافعى : (٤٥) اذا أعتق فى المرض عبدا بتلافى بدىء بمن أعتق أولا فاولا ولا يتحاصون فى ذلك ويرق من لم يحمله الثلث أو يرق منه ما يحمله الثلث والهبة فى المرض مبداة على جميع الوصايا بالعتق وغيره ، وقال مرة أخرى يتحاص فى المحاباة فى المرض وسائر الوصايا على السواء ، قال : وقد قيل أن المحاباة فى البيع فى المرض مفسوخ لانه وقع على غرر .

وقال أبو محمد من أهل الظاهر : (٤٦)

أما قول أبى حنيفة ، وابى يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وزفر ومالك والشافعى والليث ، والحسن بن حى ، فظاهره الخطأ لانها دعاوى وآراء بلا برهان لا من قرآن ولا من سنة ، ولا من رواية سقيمة ، ولا قول أحد من خلق الله نعلمه قبلهم ولا قياس ولا رأى سديد ، وليس لاحد أن يموه ههنا بكثرة القائلين لانهم كلهم مختلفون كما ترى ، وأفسدها قول أبى حنيفة ثم قول مالك لكثرة تناقضها وتفاسد أقسامها وهى أقوال تؤدى الى تبديل الوصية بعد ما سمعت وفى هذا ما فيه ، ثم قال : ونقول وبالله تعالى التوفيق قولا جامعا فى ابطال ما اتفق عليه المذكورون من تبدية العتق بتلافى المرض والمحاباة فى المرض فنقول لهم: يا هؤلاء أخبرونا عن قضاء المريض فى عتقه وهبته ومحاباته فى بيعه أهو كله وصية أم ليس وصية ولابد من أحدهما فان قالوا ليس شىء منه وصية قلنا : صدقتم وهذا قولنا ، — قول أهل الظاهر — واذا لم يكن وصية فلا مدخل له فى الثلث أصلا لان الثلث بالسنة المسندة مقصور على الوصايا فقد أبطلتم اذ جعلتم ذلك فى الثلث فان قالوا : بل كل ذلك وصية قلنا لهم : من أين وقع لكم تبدية ذلك على سائر الوصايا وابطال ما أوصى به المسلم وتبديله بعد ما سمعتموه وقد قال الله

---

(٤٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٦ .
(٤٦) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٤ .

تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » واعلموا أنه لا متعلق لهم بمن روى عنه تبدية العتق من ابن عمر ومسروق وشريح والزهرى وقتادة ثم عن النخعى والشعبى والحسن فى أحد أقوالهم لانه لم يأت قط عن أحد من هؤلاء ولا من غيرهم تبدية العتق فى المرض فى الثلث والمحاباة فى المرض فى الثلث على سائر الوصايا انما جاء عمن ذكرنا تبدية العتق على سائر الوصايا وعن الشعبى والنخعى فى أحد قوليهما تبدية عتق من أوصى بعتقه باسمه وعينه وهو فى ملك الموصى على سائر الوصايا فقد خالف المذكورون كل ما ذكرنا بآراء مخترعة فى غاية الفساد ، فان قالوا : وقع ذلك لنا لان العتق فى المرض والمحاباة فى المرض أوكد من سائر الوصايا ، قلنا : هذا باطل من وجهين :

أحدهما : أنه دعوى كاذبة لا دليل على صحتها ومن أين وجب أن يكون محاباة النصرانى فى بيع ثوب حرير ، أو لخلع ماجن فى بيع تفاح لنقله أوكد من الوصية فى سبيل الله فى ثغور مهمة ومن فك مسلم فاضل أو مسلمة كذلك أو صغير مسلمين من أسر العدو ونخاف عليهم الفتنة فى الدين والفضيحة فى النفس ، ان هذا لعجب ما مثله عجب أو دعاوى فاحشه مفضوحة بالكذب فان قالوا : العتق فى المرض قد استحقه المعتق وكذلك المحاباة : قلنا فان كان قد استحقاه فلم ترد أنهما الى الثلث ، اذا وما هذا التخليط تارة يستحق ذلك وتارة لا يستحق وفى هذا كفاية فى فساد تلك الاقوال التى هى النهاية فى الفساد ، ونحمد الله تعالى على تخليصه ايانا من الحكم بها فى دينه وعلى عباده ، ولم يبق الا قول من قال بتقديم العتق جملة على سائر الوصايا وهو قول من ذكرنا من المتقدمين وقول سفيان واسحاق .

واحتج هؤلاء بما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « ومن أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى فرجه بفرجه » .

وقالوا : من الدليل على تأكيد العتق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفذ عتق الشريك فى حصة شريكه ، وذكروا خبرا رواه بشر بن موسى عن عبد الله بن يزيد المقرى عن حيوة بن شريح عن يحيى بن سعيد الانصارى عن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة أن يبدأ بالعتاق فى الوصية ، وقالوا هو قول ابن عمر وهو صحابى لا يعرف له من الصحابة مخالف ، وقالوا : هو قول جمهور العلماء ، قال بعضهم العتق لا يلحقه الفسخ وسائر الاشياء يلحقها الفسخ ، وقال بعضهم : لو أن امرءا أعتق عبد غيره وباعه آخر فبلغ ذلك السيد فأجاز الامرين جميعا أنه يجوز العتق ويبطل البيع ولو أن امرءا وكل رجلا بعتق عبده ووكل آخر ببيعه فوقع البيع والعتق من الوكيلين معا ، ان العتق نافذ والبيع باطل • (٤٧)

قال على من أهل الظاهر : أما هاتان القضيتان فهو نصر منهم للخطأ بالضلال وللوهم بالباطل بل ليس للسيد اجازة عتق وقع بغير اذنه ولا اجازة بيع وقع بغير أمره لان كل ذلك حرام بنص القرآن والسنة والاجماع ، قال الله تعالى « ولا تكسب كل نفس الا عليها » (٤٨) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فمن أحل الحرام فتحليله باطل وقوله مردود لكن أن أحب انفاذ عتق عبده فليعتقه هو بلفظه مبتدئا وان أحب بيعه فليبيعه كذلك مبتدئا ولابد ، والتوكيل فى العتق لا يجوز لانه لم يأت باجازته قرآن ولا سنة، وأما التوكيل فى البيع فجائز بالسنة فمن وكل بعتق عبده لم ينفذ عتقه أصلا ومن وكل فى بيعه جاز ذلك ، أما قولهم العتق لا يلحقه الفسخ وسائر الاشياء يلحقها فسخ فقد كذبوا وكل عقد من عتق أو غيره وقع صحيحا فلا يجوز فسخه الا أن يأتى بايجاب فسخه قرآن أو سنة والعتق الصحيح قد يفسخ وذلك من أعتق عبدا نصرانيا ثم ان ذلك

---

(٤٧) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٥ •

(٤٨) سورة الأنعام الآية رقم : ١٦٤ •

العبد النصرانى لحق بدار الحرب فسبى وقسم فان عتقه الاول يفسخ عند أهل الظاهر وعندهم فظهر فساد قولهم كله .

وأما قولهم : انه قول الجمهور فقد خالفهم من ليس دونهم كعطاء وابن سيرين ، والشعبى والحسن ، وليس قول الجمور حجة لانه لم يأت بذلك قرآن ولاسنة ، وما كان هكذا لا يعتمد عليه فى الدين ، وأما قولهم انه قول ابن عمر ولا يعرف، له مخالف من الصحابة ، فانه عن ابن عمر لا يصح لأنه من رواية أشعث بن سوار وهو ضعيف ولم يأمر الله تعالى بالرد عند التنازع الا الى كلامه ،وكلام رسوله عليه الصلاة والسلام ، لا الى كلام صاحب ــ ولا غيره فمن رد عند التنازع الى غير كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم فقد تعدى حدود الله تعالى ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه.

قال تعالى : « فان تنازعتم فى شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » . (٤٩)

وأما الرواية عن سعيد بن المسيب مضت السنة أن يبدأ بالعتاق فى الوصية فهذا غير مسند ولا مرسل أيضا ، ومن أضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذا فقد كذب عليه متعمدا ــ ومن كذب عليه متعمدا فليتبوأ مقعده من النار ، ولم يقل سعيد رحمه الله : أن هذا القول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا حكمه وقد يقول ابن المسيب وغيره : مثل هذا قول صاحب ، ومن أعجب من لا يرى قول ابن عباس باصح طريق اليه فى قراءة أم القرآن فى الصلاة على الجنازة أنها سنة حجة ، ثم يرى قول سعيد بن المسيب لذلك رحمه الله حجه وحتى لو أن سعيد بن المسيب يقول : ان هذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لكان مرسلا لا حجة فيه ، وأما احتجاجهم فى تأكيد العتق بالخبر الثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم فيمن أعتق

---

(٤٩) سورة النساء الآية رقم : ٥٩ .

رقبة ، وانفاذه عليه الصلاة والسلام عتق الشريك فى حصة شريكه فهما سنتنا حق بلا شك وليس فيهما لا فضل العتق والحكم فيه فقط ولم يخالفونا فى شيء من هذا وليس فى هذين الخبرين أن العتق أوكد مما سواه من القرب أصلا ومن ادعى ذلك فيهما فقد كذب وقال الباطل بل قد جاء نص القرآن بالتسوية بين العتق والاطعام لمسكين قال تعالى : « وما أدراك ما العقبة فك رقبة أو أطعام فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة » (٥٠) وكذلك فى كفارة الايمان وهذه كفارة حلق الرأس فى الحج لمن به أذى منه لو أعتق فيه الف رقبة ما أجزأه وانما يجزيه طعام أو صدقة أو نسك أفترى هذا دليلا على فضل النسك على العتق حاش لله من هذا ، انما هى أحكام يطاع لها ولا يزاد فيها ما ليس فيها ثم قد جاء النص الصحيح بان بعض القرب أفضل من العتق ببيان لا اشكال فيه يكذب دعواهم فى تأكيد العتق على سائر القرب •

حدثنا عبد الله بن يوسف نا أحمد بن فتح نا عبد الوهاب بن عيسى نا أحمد بن محمد نا أحمد بن على نا مسلم بن الحجاج نا محمد بن جعفر بن زياد نا ابراهيم بن سعد عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الاعمال أفضل ؟ قال : ايمان بالله ورسوله قيل : ثم ماذا ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال حج مبرور » (٥١) حدثنا عبد الله بن ربيع نا محمد بن معاوية نا أحمد بن شعيب نا أحمد بن يحيى بن الوزير بن سليمان قال : سمعت ابن وهب قال : أخبرنى عمرو بن الحارث عن بكير — هو ابن الاشبح — أنه سمع كريبا مولى ابن عباس يقول : سمعت ميمونة بنت الحارث — هى أم المؤمنين — تقول : أعتقت وليدة فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه

---

(٥٠) سورة البلد الآية رقم ١٢ — ١٦ •

وسلم فقال : « لو أعطيت أخا لك كان أعظم لاجرك » (٥٢) فهذا نص جلى يغنى الله تعالى به عن تقحيم الكذب ، وتكلف القول بالباطل بالظن الكاذب ثم لو صح لهم أن العتق أفضل من كل قربة فمن أين لهم ابطال سائر ما تقرب به الموصى الى الله تعالى ايثارا للعتق الذى هو أقرب ؟ وهذا تحكم لا يجوز ، ويلزم من قال بهذا بما صح عن عطاء وابن جريج الذى رويناه من طريق عبد الرازق عن ابن جريج قال قلت لعطاء : أوصى انسان فى أمر فرأيت غيره خيرا منه قال فافعل الذى هو خير المساكين أو فى سبيل الله فرأيت خيرا من ذلك فافعل الذى هو خير مالم يسم انسانا باسمه قال ابن جريج : ثم رجع عطاء عن ذلك فقال لينفذ قوله قال ابن جريج : وقوله الأول أعجب الى •

قال أبو محمد الظاهرى : (٥٣) من أبطل شيئا مما أوصى به المسلم ايثارا للعتق فقد سلك قول عطاء الاول ، وقول ابن جريج الا أنهم جمعوا الى ذلك تناقضا قبيحا زائدا •

قال على من أهل الظاهر : فاذا قد بطل قول من يرى تبدية بعض الوصايا فلم يبق الا قول أهل الظاهر ، أو قول من رأى التحاص فى كل ذلك فنظرنا فى ذلك فوجدنا من فعل ذلك قد خالف ما أوصى به الموصى أيضا بغير نص من قرآن أو سنة وهذا لا يجوز ، فان قالوا وأنتم قد خالفتم أيضا ما أوصى به الموصى قلنا : خلافنا لما أوصى غير خلافكم لانكم قد خالفتموه بغير نص من قرآن ولا سنة ونحن خالفناه بنص القرآن والسنة وهذا هو الحق الذى لا يجوز غيره •

واستدل أهل الظاهر على قولهم :

قال تعالى : « واطيعوا الله واطيعوا الرسول » (٥٤) وصح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز الوصية الا بالثلث فاقل فصح

---

(٥٢)
(٥٣) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٧ •
(٥٤) سورة المائدة الآية رقم ٩٢ •

يقينا ان من أوصى بثلثه فاقل أنه مطيع لله تعالى فوجب انفاذ طاعة الله عز وجل ، ووجدنا من أوصى بأكثر من الثلث عاصيا لله عز وجل أن تعمد ذلك على علم وتصد ، واما مخطئا معفــوا عنه الاثم ان كان جهل ذلك وفعله باطل بكل حال ولا يحل انفاذ معصية الله عز وجل ولا امضــــاء الخطأ قال الله تعالى « ليحق الحق ويبطل الباطل » (٥٥) ووجـــــدنا الموصى اذا أوصى فى وجه ما بمقدار ما دون الثلث فقد وجب انفاذ كل ما أوصى به كما ذكرنا فاذا زد على الثلث كانت الزيادة باطلا لا يحـــل انفاذه ، فصح نص قولهم حرفا حرفا كما أمر الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام ، فان قال قائل : ومن قال هذا قبلكم قلنا له : ان كان حنفيا أو مالكيا ومن قال قبل مالك وأبو حنيفة بأقوالهما فى هذه المسألة الا أن بين الامرين فرقا وهو أن أقوالهما لا يوافقهما نص ولا قياس ، وقولنا هو نفس ما أمر به الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وســـلم وانما فى هذه المسألة قول عشرة من التابعين وواحد من الصحابة رضى الله عنهم وهم عشرات ألوف فأين أقوال سائرهم • (٥٦)

والراجح رأى الصاحبان — أبو يوسف ومحمد من الاحنــاف — وذلك أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من أصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا ، والمحاباة فى المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتى بيوم ، والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذا عقـــب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو فى المعنى أسبق بما يحتــــاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينـــه اذا

---

(٥٥) سورة الأنفال الآية رقم ٨ •

(٥٦) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٣٨ •

ظفر بجنس حقه وفى هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذى فى معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت فى السبب والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقديم فى الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق • (٥٧)

تزاحم الوصايا بحقوق الله

بعد أن تقدم الكلام عن تزاحم الوصايا بحقوق العباد ، نشرع فى الكلام عن تزاحم الوصايا بحقوق الله ، فى حالة ما لم يسعها الثلث ، لان الثلث اذا وسعها جميعها فلا مجال للكلام فيها ، لاستيعاب كل ما أوصى به الموصى ، أما اذا لم يسعها الثلث كلها فما هو الحكم ؟ اختلفت آراء الفقهاء فى أيها يقدم ، هل ما نطق به الموصى أولا أم تقدم الكفارات على الفرائض ، أم تقدم بعض الفرائض على بعض ، نذكر آراء الفقهاء على النحو التالى :

أن كل من مات وقد فرط فى زكاة أو فى حج الاسلام أو عمرته أو فى نذر أو فى كفارة ظهار أو قتل أو يمين أو تعمد وطء فى نهار رمضان أو بعض لوازم الحج أو لم يفرط • (٥٨)

قال أهل الظاهر ان كل ذلك من رأس ماله لا شىء للغرماء حتى يقضى ديون الله تعالى كلها ثم ان فضل شىء فللغرماء ، ثم الوصية ثم الميراث كما أمر الله عز وجل •

وحجة ذلك : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقضوا الله فهو أحق بالوفاء فدين الله أحق بالوفاء » (٥٩) •

---

(٥٧) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٩٦ •

(٥٨) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٣٨ •

وروى عن الحسن ، وطاوس بأصح طريق عنهما أن حجة الاسلام وزكاة المال هما بمنزلة الدين •

وقال الزهرى : ان الزكاة تؤخذ من رأس المال ، وكل شىء واجب فهو من المال وهو قول الشافعى وأحمد وأبى سليمان من أهل الظاهر(٦٠)

وقال أبو هريرة : ان الحج والنذر يقضيان عن الميت ، وقال ابن عباس : بايجاب الحج عمن لم يحج من الموتى وكذلك قال طاوس ، والحسن البصرى ، وعطاء وان ذلك من رأس المال وان لم يوص بذلك وهو قول ابن المسيب وعبد الرحمن ابن أبى ليلى ، والاوزاعى ، والحسن ابن حى ، ومحمد بن أبى ليلى وسفيان الثورى ، والشافعى وأبى ثور ، وأحمد ، واسحاق ، وأبى سليمان وأصحابهم ، الا أن الشافعى مرة قال: تتحاص ديون الله تعالى وديون الناس ومرة قال كما قال أهل الظاهر ومن معهم ، ولا نعلم أحدا قال بأن لا تخرج الزكاة الا من الثلث ان أوصى بها من التابعين الا ربيعة •

وقال أبو حنيفة (٦١) : ان أوصى المسلم بوصايا منها زكاة واجبة وحجة الاسلام أنه يبدأ فى الثلث بهذه الفروض سواء ذكرها أولا أو آخرا وتحاص الفروض المذكورة ثم كما ذكرنا من أقواله فى الوصايا •

وقال أبو يوسف : يبدأ بالزكاة ثم بحجة الاسلام ، ومرة قال كقول أبى حنيفة قال : ثم الزكاة والحجة المفروضة ، ما أوصى به من عتق فى كفارة يمين وكفارة جزاء صيد وفدية الاذى يبدأ بما بدأ به بذكره من ذلك فى وصيته ثم التطوع •

---

(٦٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧١ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٧، المحلى جـ ٩ ص ٣٣٩ •

(٦١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٦ ـ ١٩٧ •

وقال محمد بن الحسن : يبدأ من حجة الاسلام ومن الزكاة بما يبدأ الموصى بذكره فى وصيته •

وقال مالك : (٦٢) يبدأ بالعتق البت فى المرض ، والتدبير فى الصحة ثم بعدهما الزكاة المفروضة التى فرط فيها ثم عتق عبد بعينه أوصى بعتقه وعتق عبد بعينه أوصى بأن يشترى فيعتق ، ثم الكتابة اذا أوصى بأن يكاتب عبده ثم الحج ثم اقراره بالدين لمن لا يجوز له اقراره به قال : ويبدأ بالزكاة التى أوصى بها على ما أوصى به من عتق رقبة عن ظهار أو قتل خطأ أو يتحاص رقبة الظهار مع رقبة قتل الخطأ ثم ما أوصى به من كفارة الايمان قال ويبدأ بالاطعام عما أوصى به مما فرط فيه من قضاء رمضان على النذر •

قال أبو محمد من أهل الظاهر : فى هذه الاقوال عبرة لمن اعتبر وآية لمن تدبر •

أما قول أبى حنيفة فهو أطردها وأقلها تناقضا لكن يقال له : ان كانت الزكاة المفروضة وحجة الاسلام وسائر الفروض اذا فرط فيها وتبرأ من ذلك عند موته يجرى كل ذلك مجرى الوصايا فلاى شىء قدمتها على سائر الوصايا فان قال : لانها أوكد ، قيل له : ومن أين صارت أوكد عندك وأنت قد أخرجتها عن حكم الفرض الذى لا يحل اضاعته الى حكم الوصايا فبطل ، ووجب أن يكون كسائر الوصايا ولا فرق ، ويكون كل ذلك خارجا عن حكم الوصايا وباقيا على حكم الفرض الذى لا يسع تعطيله فلم جعلتها من الثلث ان أوصى بها أيضا ؟

وأما قول أبى يوسف : فى تقديمه الزكاة على الحج فان قال : الزكاة حق فى المال والحج على البدن قيل له : فلم أدخلته فى الوصايا اذا وهلا منعت من الوصية به كما منع من ذلك أيوب السختيانى ،

---

(٦٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٠ •

والقاسم بن محمد والنخعى وروى أيضا عن ابن عمر ، فان قيـــل : للنص الوارد فى ذلك ، قيل : فذلك النص يوجب أنه من رأس المال وهو خلاف ، وهذا نفسه يدخل على محمد بن الحسن فى تقديمه ذلك على سائر الوصايا .

وأما قول مالك : فقدم بعض الفرائض على بعض بلا برهـان ، فقدم بعض التطوع على بعض الفرائض بلا برهان ، وصار كله لامتعلق له شىء من وجوه الادلة أصلا ، مع أنه قول لا يعرف عن أحد قبله ، نعنى ذلك الترتيب الذى رتب .

والراجح لدينا بعد عرض هذه الآراء ان الموصى يتقيد بالثلث كما أن هذا الثلث متى ضاق عما أوصى به ، فانه يبدأ فى تنفيذ وصاياه بالحج أولا ، فان بقى بعده شىء خرجت الزكاة فان سددت الزكاة بدأ بالنذر والكفارات وعلة ذلك ما يأتى :

أولا : أنه ليس للموصى الا الثلـث ، وما زاد عن ذلك ليس من حقه وانما هو حق غيره ومن ثم توقف على اجازة صاحب الحق .

ثانيا : استنادا الى الحديث الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم الحديث » دل هذا الحديث على أن صدقة الله حددت بالثلث فلا ينبغى تجاوزه بحال ، ومن قال أن الوصية فى مثل هذا تنفذ من رأس المال قول يعد مجافيا لهذه الحقيقة الذى دل عليهـا الحديث ، كما يعد مجافيـا للنص الوارد فى حديث سعد ، الذى رواه محمد ابن عبد الرحيـــم حدثنا ذكريا بن عدى حدثنا مروان عن هاشم بن هاشم عن عامر بن سعد عن أبيه رضى الله عنه قال : مرضت فعادنى النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ، ادع الله أن لا يردنى على عقبى ، قال : لعـل الله يرفعك ، وينفع بك ناسا ، قلت : أريد أن أوصى وانما لى ابنة فقلت

أوصى بالنصف ؟ قال : النصف كثير ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، أو كبير قال : فاوصى الناس بالثلث فجاز ذلك لهم • (٦٣) وفى حديث سعد يؤخذ على أنه لا ينبغى بحال من الاحوال أن يتجاوز الثلث فى وصاياه ، بل لو قل عنه لكان أولى وذلك ألخذا من قوله صلى الله عليه وسلم ، الثلث والثلث كثير •

ثالثا : ان الباقى بعد الثلث حق للورثة ، وقد ثبت هذا الحق لهم بمقتضى اثبات الشارع لهم ، فلو اعتدى عليه الموصى يعتبر اعتداء على نص الشارع ، بل ان النبى صلى الله عليه وسلم عندما استكثر الثلث علل الاستكثار بقوله : « انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » •

رابعا : ان اختيارنا لتقديم الحج ، لانه فريضة لابد من آدائها، فان لم يتمكن الموصى من الاداء حال حياته ، وقد أوصى بالقضاء عنه ينبغى أن يبدأ بالحج لورود النص فى ذلك وهو حديث الخثعمية عندما أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت له يا رسول الله أن أمى ماتت ولم تحج ، أفاحج عنها فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم اقضوا فدين الله أحق بالقضاء•فدل هذا الحديث على الاهتمام بأمر الحج لكونه فريضة لا تتكرر ولا ينبغى التغاضى عنها حتى بعد موت الموصى ، مادام ثلثه يسع آداء الحج ، فمن حج عنه يعتبر قد قام بطريق النيابة، والنيابة فيه جائزة حال الحياة ، لعذر ، فتكون أولى بعد الممات وجعل الزكاة تلى الحج فى المرتبة لان الوصية بالمال والزكاة تتعلق به ، وربما يكون قد أخرجها فى سنوات سابقة وتصدق بما هو أزيد فى الفريضة فيقع الزائد موقع ما قصر فيه ، لذلك قدم الحج عليها •

ويمكن أن نقول للذين قالوا باخراجها من رأس المال :

(٦٣) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٥ ص ٣٦٩ •

لو كان قولكم اما شاء أحد أن يحرم ورثته ماله الا قدر على ذلك بأن يضع فروضه ثم يوصى بها عند موته •

ثالثا : النطق

ان الموصى فى اصداره لوصيته ، لو نطق بها وكانت عبارته واضحة لا لبس فيها ولا غموض ولا تحتمل غير الوصية ، كان ذلك أولى وأنفع ، ولكن لو عجز عن النطق فأشار بما يفيد الوصية فهل تصح الوصية أم لا ؟ كالأخرس مثلا فان وصيته تصح اجماعا (٦٤) ، اذا فهمت اشارته ، لأن تعبيره انما حصل عرفا ، فهى كاللفظ من القادر عليه ، لانها اقيمت مقام نطقه فى طلاقه ولعانه وغيرها ، فان لم تفهم اشارته فلا تصح وصيته وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وغيرهما •

أما القادر على النطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فاشار بها وفهمت اشارته ، فهل تصح وصيته أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك :

فعند الحنابلة وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى أن وصيته لا تصح •

واستدلوا على ذلك : أنه غير ميئوس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام ، ولا خلاف فى أن اشارة القادر على النطق لا تصح بها وصية ولا اقرار ففارق الاخرس لانه ميئوس من نطقه ، وأما هذا فغير ميئوس من نطقه •

---

(٦٤) الروض المربع جـ ٦ ص ٤١ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص١٠٢ البحر الزخار جـ ٦ ص ١٨٦ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٦ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ •

فعند القاسم والهادى وأبو طالب من أهل البيت ، والشـافعى والليث بن سعد ، وابن المنذر ، وأهل الشيعة ، انها تصح (٦٥) •

وقال الطحاوى بصحتها بشرط أن يطول اصماته سنه كالاخرس ، فان قل اصماته عن سنة فلا تصح •

واستدل القائلون بالصحة مطلقا بما يأتى :

أولا : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى وهو قـاعد فاشار اليهم فقعدوا » (٦٦) رواه البخارى وأخرجه ابن عقيل ، دل الحديث على أن الصحابة من أشارة النبى صلى الله عليه وسلم فجلسوا امتثالا لاشارته وهذا دليل على صحة الاخذ بالاشارة المفهمة من القادر على النطق اذا اعتقل لسانه •

ثانيا : وعمله صلى الله عليه وسلم باشارة الجـارية التى رض رأسها بين حجرين ، فقيل لها من فعل بك هذا ، فلان ، فلان ، فلمـا ذكر الفاعل أومئت فرض رأسه بين حجرين كما فعل بها • (٦٧) وهذه القصة فيها دليل على أخذ النبى صلى الله عليه وسلم باشارة الجارية وتنفيذ الحكم فيه بناء على هذه الاشارة والوصية حكم كسائر الاحكام بل هى دون القتل فتكون أولى بالاخذ بالاشارة •

ثالثا : ما روى أن أمامة بنت ابن العاص بن الربيع من زينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أصمتت فسألها ابنا خالتها الحسـن والحسين ، فقالا لها : ألفلان كذا ، ألفلان كذا ؟ فاشارت : أى نعم واجازت ما فعلت ، فجعل ذلك وصية •

---

(٦٥) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار جـ ٦ ص ٣٠٦ •

(٦٦)

(٦٧) جواهر الاخبـار والآثار المسـتخرجة من لجـة البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٦ •

وهذه الادلة وان كانت للقائلين بالصحة مطلقا فتكون صـالحة لرواية الطحاوى ، اذا اعتقل اللسان سنة فأكثر ، وان كان الاعتقال دون سنة فيدخل مع الرأى الاول .

والراجح لدينا : هو صحة وصية اشارة من اعتقل لسانه وذلك لعـدة أسباب :

أولها : ان اشارته مفهمة فتنزل منزلة عبارته .

ثانيها : ان اعتقال اللسـان يعتبر مرضا ، وقد يعقب بالموت ، وسائر التصرفات التى تقع فى مرض الموت والتبرعات منها تعتبر وصية، ومادام الاعتقال مرضا والاشارة مفهمة صحت الوصية .

ثالثا : ان الصحابة أخذوا بها عندما وقعت من النبى صلى الله عليه وسلم فى الصلاة مع أنها فريضـة اجماعا ، والوصـية فى حكمها الخلاف فهى أولى أن يؤخذ فيها بالاشارة .

رابعها : ان مبدأ الاخذ بالاشارة مجمع على الاخذ به فى الاخرس، فلم لا يقاس عليه من اعتقل لسـانه ، وان قالوا : انه يرجى نطقـه ، أقول : أنه قد لا يرجى برؤه ، والاحتمـالان قائمـان ، وليس هـذا الاحتمال أقوى من هذا وجعل صحة الاخذ هى الاصل ، فكان الاخذ باشارة معتقل اللسان أولى .

خامسها : الادلة التى استند اليها أصحاب الرأى الثانى لم يتطرق اليها الشك وخصوصا العمل فيعد أقوى دليل مادى على الصحة .

رابعا : لا يشترط فى الموصى أن يكون ذكرا

وعدم اشتراط الذكورة فى الوصية يرجع الى أن الوصية تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، كما أنه جعل لصلة خير الدنيا بخير الآخرة، ويعوض التقصير الذى فرط فيه الموصى اثناء حياته ، ولما كان الأمر كذلك راعى الله سبحانه وتعالى صحة ايقاع الوصية من الجنسين الذكر والانثى ، ولذلك تصح وصية المرأة البكر ذات الاب ، وذات الزوج البالغة ، والثيب ذات الزوج ، تعتبر كوصية الرجل ، سواء رضى الاب أو الزوج أو كرها ، ولا حاجة لاذنهما فى ذلك •

والدليل على ذلك : ان أمر الله تعالى بالوصية جاء عاما للمؤمنين حيث قال تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين » وهذا لفظ يعم الرجال والنساء ، ولم يخص سبحانه وتعالى فيه أحد من أحد ، بل ان آية النساء التى وردت فى تقسيم التركة بين الارث والوصية بالرغم من أنها ذكرت الوصية بلفظها العام الذى يشمل الرجال والنساء الا أنها جعلت للنساء آية خاصة بوصيتين حيث ورد فى قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد •• الآية الى أن قال من بعد وصية يوصين بها أو دين » وانفرادهن بالذكر فى هذه الآية دليل على نفى اعتراض أى معترض على ذلك ، ولم يقع فى هذا خلاف من أحد •

الباب الثالث

الركن الثانى : الموصى له

الفصل الأول : الوصية للشخص الحقيقى
الفصل الثانى : الوصية للشخصية الاعتبارية

تعريف الموصى له :

ويمكن أن يعرف : بأنه كل من يتصور منه الملك سواء كان بنفسه أو بنـــائبه •

وقلنا بهذا العموم : لان الموصى له قد يكون شخصا حقيقيـــا أو شخصية اعتبارية ، ولما كان التعريف ينطوى على شقين :

الاول : الشخص الحقيقى : فسنتكلم عنه من حيث الشروط التى ينبغى توافرها فيه حتى تصح الوصية له وما يدخل تحت هذه الشروط من مسائل لتوضيحها •

الثانى : الشـــخصية الاعتبارية : والمراد بها الجهات العامة من مساجد وكنائس ومدارس ومستشفيات وغير ذلك ، فسنتكلم عنها وعما يندرج تحتها من شروط •

الفصل الأول

الشخص الحقيقى

ويراد به : الانسان الذى يتمتع بالانسانية الكاملة •

وسنذكر الشروط التى ينبغى توافرها فيه اجمالا ، ثم نقوم بتفصيلها وهى :

أ — أن يكون موجودا •

ب — أن يكون حيا وقت موت الموصى •

ج — أن لا يكون وارثا •

د — ألا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة •

ه — أن لا يكون حربيا عند مستأمن •

و — ألا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشىء معين من ماله سوى رقبة العبد •

ى — أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها •

الشـــرط الأول

أن يكون موجــودا

يشترط فى الموصى به أن يكون موجودا عند الوصية ، لان وجوده يترتب عليه صلاحيته للقبول والملك ، فان لم يكن موجودا ، فلا تصح الوصية ، لأن الوصية للمعدوم لا تصـــح ، ولان الموصى له طـــرف فى العقد ، ولا يمكن أن ينعقد عقد الوصية عند عدم هذا الطرف •

ويستثنى من المعدوم الوصية للحمل ، فتجوز الوصية للحمل ، لأن الحمل يعد موجودا ، لان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله ، والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية ، اذ هى أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانهـــا تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا ، ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح ، لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبـــول اذا أمكن ، ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول •

وجواز الوصية للحمل أمر مجمع عليه بشرط أن يكون موجودا عند الوصية ، ويعرف وجوده اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر (١) ، وينفصل حيا وان كان عند الحنفية خلاف فى وقت الوجود :

ففى ظاهر الرواية يعتبر الوجود من وقت موت الموصى وليس من وقت عقد الوصية •

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٥ مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٨ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٩ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٧ •

وعند الطحاوى رحمه الله من وقت وجود الوصية •

واستدل الطحاوى على روايته : أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتـبر وجوده •

أما دليل ظاهر الرواية : ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت • (٢) وكأن ظـاهر الرواية جعل الموت هو السبب الحقيقى فى تنفيذ الوصية ، لانها تمليـك مضاف الى ما بعد الموت ؛ وثمرة الخلاف عند الاحناف تظهر فى ما لو أوصى للحمل بوصية قبل أن يموت بشهرين ثم مات ، فجاءت بالحمل بعد ستة أشهر من تاريخ موته ، فعند الطحاوى لا يستحق الحمـل الوصية لعدم وجوده عند الوصية لأننا لو أضفنا الشهرين الى الستة صارت المدة ثمانية أشهر ؛ ويسـتحقها على ظاهر الرواية ، لأنه كان موجودا عند موت الموصى •

ويتفرع على اشتراط الستة أشهر عدة فروع منها :

لو قال ان كان فى بطن فلانة جارية فلها وصية ألف ، وان كان فى بطنها غلام فله وصية ألفان ، فولدت جارية لستة أشهر الا يوما ، وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلها جميع الوصية لأنهما أوصى لهما جميعا ، لكن لاحدهما بألف وللآخر بألفين وقد علم كونهما فى البطن ، أما الجـارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم أنها كانت موجودة فى البطن فى ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لمـا ولـد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو يومين علم أنه كان فى البطن مع الجارية لانهما توأم فكان من ضرورة كون أحدهما فى البطن كون الآخر كـذلك

---

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٦ •

لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة اشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شاؤا وأى الجاريتين شاؤا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما أولى من الآخر . فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث ، وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله ، فاما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه الوصية باطلة بناء على مسئلة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان ، أو أوصى بثلث ماله لاحد هذين الرجلين، روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الوصية باطلة وعند أبى يوسف الوصية لهما جميعا ، وعند محمد لاحدهما ، وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاؤا فقاسوا هذه المسألة على ذلك ، لأن المعنى يجمعهما ، وهو جهالة الوصى له ، ومنهم من قال ههنا يجوز فى قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما فى البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا .

ولو قال ان كان الذى فى بطن فلانة غلاما فله الفان وان كان جارية فلها ، فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شىء من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما فى البطن بقوله ان كان الذى فى بطنها كذا فله كذا ، وكل واحد منهما ليس هو كل ما فى بطنها بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية فى كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيئا بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان فى بطن فلانة جارية فلها كذا ، وان كان فى بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن بل الشرط فيه

أن يكون فى بطنها غلام وأن يكون فى بطنها جارية وقد كان فى بطنهـا غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق • (٣)

وقال الامام يحيى من أهل الشيعة : ولو قال : ان كان ذكرا فله كذا وان كانت انثى فلها كذا ، فولدت خنثى فلا شىء له ، اذ ليس ذكرا ولا أنثى • (٤)

هذا كله اذا أتت بالحمل الموصى له لستة أشهر فأقل اما اذا جاءت بالحمل لاكثر من ستة أشهر فليس له شىء من الوصية وهذا باجمـاع الفقهاء لانه لا يعلم وجوده فى البطن وقت الوصية ، لاحتمال أنهـا علقت بالحمل بعد انعقاد الوصية ، ولا يمكن أن يقال انه محتمل الوجود، لان التملك لا يثبت بالشك ، ولابد فيه من اليقين •

وقد أعطى الشافعية (٥) نفس هذا الحكم للمرأة التى ليست ذات فراش لزوج أو سيد ، حيث قالوا : فان لم تكن المرأة فراشا لزوج أو سيد وانفصل الحمل لاكثر من أربع سنين فكذلك ، أى لم يستحق الحمل الموصى له لعدم وجوده عند الوصية أو لدونه أى دون الاكثر ، وهـو الاربع فأقل استحق فى الاظهر كما يثبت النسب ولان ظاهر وجوده عند الوصية ، والثانى لا يستحق لاحتمال العلوق بعد الوصـية من وطء شبهة أو زنا ، ورد بأن الاصل عدم ذلك ، ووطء الشبهة نادر ، وفى تقدير الزنا اساءة الظن ، نعم لو لم تكن فراشا قط لم تستحق شـيئا قاله السبكى تفقها ، ونقله غيره عن الاستاذ أبى منصور ، وهو كما قال : الزركشى ظاهر فى الفاسقة ونحوها دون غيرها •

---

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٩
(٤) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٩ •
(٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤١ •

وما ذكر من الحاق الستة أشهر بما فوقها والاربع سنين بما دونها هو ما ذكره فى أصل الروضة وغيره وهو المعتمد ، وان صوب الاسنوى وغيره الحاق السنة أشهر بما دونها معللا ذلك بأنه لأبد من تقدير زمن يسع لحظتى الوطء والوضع كما ذكروه فى العدد ، وقد رد ما صوبه بأن لحظة الوطء انما اعتبرت جريا على الغالب من أن العلوق لا يقارن أول المدة والا فالعبرة بالمقارنة فالستة على هذا ملحقة بما فوقها كما جرى عليه المصنف هنا ، وعلى الاول بما دونها كما قالوه فى المحل الآخر ، وبذلك علم أن كلا صحيح وان التصويب سهو ، وان جرى ابن المقرى على أن الاربعة ملحقة بما فوقها فقدر عليه أيضا بأنا أثبتنا النسب فيها كما مر فلا تبعض الاحكام •

وقد أورد الاحناف على هذا الحكم استثناء حيث قالوا : اذا كانت الستة أشهر فما فوق بمعنى أن الحامل قد وضعت حملها لاكثر من ستة أشهر فلا تثبت الوصية للحمل الا فى حالتين هما :

الاولى : اذا كانت المرأة معتدة من زوجها ووضعت حملها لسنة أو سنتين صحت الوصية بناءا على صحة ثبوت النسب ، لان ثبوت نسبه اكد وجوده عند الوصية •

الثانية : اذا كانت معتدة من وفاة فتأخذ حكم الحالة السابقة وهى صحة الوصية لحملها ، لثبوت نسبه ، وان كانت الهبة لا تصح لما فى البطن وذلك للفرق بينهما ، حيث أن الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد ، والوصية لا تقف صحتها على القبض •

هذا حكم الوصية للحمل فأما حكم الاقرار بمال لما فى بطن فلانه فهذا فى الأصل على وجهين :

أما ان بين السبب •

واما أن لم يبين بل أطلق •

فان بين السبب :

فأما ان بين سببا هو جائز الوجود •

وأما ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة •

فان بين سببا هو جائز الوجود عادة بأن قال لما فى بطن فلانه على ألف درهم لانى استهلكت ماله أو غصبت أو سرقت جاز اقراره فى قولهم جميعـــا •

وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بأن قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم لانى استقرضت منه لا يجوز فى قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين للاقرار سببا بل ســكت عنه بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهــذا الاقرار باطل فى قولهما وعند محمد صحيح ، ووجه ذلك قوله ان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحا له ، ولهما ان الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المداينة لانه هو السبب الموضوع لثبوت الدين وانه فى الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة • (٦)

---

(٦) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ •

الشرط الثـانى

أن يكـون حيـا وقت موت الموصى

وهذا الشرط يعطينا أن الموصى له لا بد وأن يكون حيا عند موت الموصى فان مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية ، هذا قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال الزهرى ، وحماد وأبى سليمان وربيعة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى والحنابلة والشـيعة • (٧)

وقال الحسن تكون لولد الموصى له •

وقال عطاء اذا علم الموصى بموت الموصى له ، ولم يحدث فيمـا أوصى به شـيئا فهو لوارث الموصى له ، لأنه مات قبل عقد الوصـية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول •

ودليل القول الاول : أنها عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح ، كما لو وهب ميتا وذلك لأن الوصية عطية بعـد الموت ، واذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا ، وان سلمنا صحتها ، فان العطية صادفت حيا بخلاف مسألتنا •

الوصـية للميت

ولا تصح الوصية لميت : وبهذا قال أبو حنيفة (٨) والشافعى ،(٩) والحنابلة (١٠) وأهل الظـاهر (١٤) ، والشـيعة على اختـلاف طـوائفهم (١٢) •

---

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢١ ، المحلى جـ ٩ ص ٣٢٢ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٠ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ •

(٨) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ •

(٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٢ •

(١٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢١ •

(١١) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٢٢ •

(١٢) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٠ •

وقال مالك أن علم أنه ميت فهى جائزة ، وهى لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ، لان الغرض نفعه بها ، وبهذا يحصل له النفع فأشبه ما لو كان حيا •

دليــل القــول الاول :

أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له اذا لم يعلم حاله فلم تصح اذا علم حاله كالبهيمة ، وفارق الحى ، فان الوصية تصح له فى الحالين ، ولانه عقد يفتقر الى القبول فلم يصح للميت كالهبة •

اذا ثبت هذا : فاذا أوصى بثلثه أو بمائة لاثنين حى وميت فللحى نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله وهــذا قول أبى حنيفــة واسحاق والبصريين والحنابلة • (١٣)

وقال الثورى وأبو يوسف ومحمد ، (١٤) والمؤيد بالله وأبو طالب والهادى من أهل البيت ، والامام يحيى من أهل الشيعة ، (١٥) ان قال هذه المائة لفلان وفلان فهى للحى منهما ، اذ يلغو ذكر الميت كالحائط وهو أقرب المذهب الشيعى وهو قول أبى بكر الرازى •

وان قال بين فلان وفلان ، فوافق الثورى على أن نصفها للحى وعن الشافعى كالمذهبين •

وقال أبو الخطاب عندى أنه اذا علمه ميتا فالجميع للحى ، وان لم يعلمه ميتا فللحى النصف ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول ، قال فى رواية ابن القاسم : اذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتا فللحى خمسون ، فقيل له : أليس اذا قال ثلثى لفلان وللحــائط أن الثلث كله لفلان ؟ فقال : وأى شىء يشبه هذا الحائط له ملك ؟ فعــلى

---

(١٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢١ ، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٣٧
(١٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ •
(١٥) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٠ •

هذا اذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثـــل أن يوصى لفلان وللملك وللحائط أو لفلان الميت ، فالموصى به كله لمن تصح الوصية له ، اذا كان عالما بالحال لانه اذا شرك بينهما فى هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له ، وان لم يعلم الحال فلمن تصـــح الوصية له نصفها لانه قصد ايصال نصفها اليه ، والى الاخر النصف الآخر ظنا منه أن الوصية له صـــحيحة ، فاذا بطلت الوصـــية فى حق أحدهما صحت فى حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقة .

ووجه القول الاول : أنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما ، أو كما لو لم يعلم الحال ، فأما أن أوصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللاخر نصف الوصية ، لا نعلم فى هذا خلافا ، وكذلك لو بطلت الوصية فى حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها ، ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يســـتحق أحدهما أكثر من نصف الوصية ، سواء كان شريكه حيا أو ميتا ، لانه عين وصيته فى النصف فلم يكن له الحق فيما سواه ، اذ البينة تقتضى التنصيف ، والعرف استواؤهم (١٦) .

ويضاف الى ما تقدم : لو قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولدا ميتا لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق الميراث بأن ولد ميتا وأنها أخت الميراث .

ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميـــع الوصـــية للحى لان الميت لا يصلح محلا لوضع الوصية فيه . (١٧)

---

(١٦) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٢ .
(١٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ .

الشرط الثـــالث

أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى

والشرط هنا أن لا يكون وارثا وقت موت الموصى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم تصح الوصية لان الموصى له وهو الاخ صار وارث الموصى عند موته ، ولو أوصى لاخيه ، ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصى صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عنـــد الموت لصيرورته محجوبا بالابن ، وانما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصى لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثا وقت وجودهما بل هى تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبـــة فى المرض بان وهب المريض لوارثه شيئا ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة ، لان هبة المريض فى معنى الوصية حتى تعتبر من الثلـــث • (١٨)

وهذا الشرط قد أجمع عليه أهل العلم لا نعلم فى ذلك خلافا وقد استدلوا على ذلك بما يأتى :

الدليل الاول : ما روى عن أبى أمامة قال : سمعت رســـول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث • (١٩) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى • ولهذا الحديث قصة وهى : ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله كان مريضـــا فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لابنيه ، فقال أبو حنيفـــة رضى الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يا أبا حنيفة فقال لانك رويت

---

(١٨) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٧ •

(١٩) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٦ الطبعة الأخيرة ، فتح البارى٥/٣٧٢

لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أنتم الاطباء ونحن الصيادلة ، فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام ، أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية الى الميراث • (٢٠)

الدليل الثانى : ولان النبى صلى الله عليه وسلم منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك وامكان تلافى العدل بينهم باعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من ايقاع العداوة والحسد بينهم ففى حال موته أو مرضه وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به وتعذر تلافى العدل بينهم أولى وأحرى •

ولانا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايذاء البعض وايحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض • (٢١)

حكم تحول الموصى له الاجنبى وغيره الى وارث عند موت الموصى :

وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها ، أنه لا يصلح ، ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدين ثم تزوجها جاز اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصى فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهى وارثة عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية •

فأما الاقرار فاعتباره حال وجوده وهى أجنبية حال وجوده فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطله ، وكذا لو وهب لها هبة فى مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض مرض الموت تعتبر وصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصرانى صح ، لانه

---

(٢٠) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦ •
(٢١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٣٧ •

ليس بوارثه فلو أسلم الابن قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ، ولو أقر المريض بدين لابنه النصرانى ثم اسلم لم يجز اقراره عند أصحاب أبى حنيفة الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يصح :

وجه قول زفر : على نحو ما ذكرنا فى المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الورثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما قلنا فى المرأة •

ووجه الأول : أن الوارثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع كما فى البيع بشرط الخيار ، ان عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع فى الحكم من وقت وجوده لا من وقت سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته ، فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح ، أو يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد التهمة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود ، وهو القرابة ، بخلاف ما اذا أقر لأمرأة أجنبية ثم تزوجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار ولان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك وبعد وجودها لا تحتمل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح ويثبت الدين فى ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التقريب الثانى لميوجد سبب التهمة وقت الاقرارفيصح•

ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فأوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا أن أوان اعتبار الوصية أوان الموت ، وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عايه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه

أجنبى عن الموصى فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا فى الاقرار لابنه النصرانى اذا أسلم .

هل تجوز الوصية للوارث باجازة الورثة أم لا ؟

بالتأمل والبحث وجدنا أن المشهور من الاقوال والذى عليـــه الجمهور أن الوصية للوارث تصح وتنفذ اذا أجازت الورثة ذلك .

وقال بعض الحنابلة أخذ من ظاهر قول احمد فى رواية حنبل (٢٢)، وأهل الظاهر ، (٢٣) وهو قول الشافعى ، وقد قال به المزنى (٢٤)،أن الوصية باطلة للوارث وان أجاها سائر الورثة الا أن يعطوه عطية مبتدأة .

أدلـــة الـــرأى الأول :

ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا وصـــــية لوارث الا أن يجيز الورثة » وجه الدلالة من الحديث : أن الاستثناء من النفى اثبات فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الاجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أما ما أشبه هــذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة .

أدلة القـــول الثـــانى :

لظاهر قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث » (٢٥) وجه الدلالة أن النفى قد ورد عاما فيظل على عمومه ، من غير نظر الى

---

(٢٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦ .
(٢٣) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٦ .
(٢٤) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٣ .
(٢٥) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٦ .

الاستناد ، اذا قد منع الله تعالى من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم الا أن يبتدؤا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو مالهم .

وقد اتفق عطاء وعبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح فى خطبته ، لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة زاد عطاء فى حديثه وان أجازوا فليس لهم أن يرجعوا ، وهذا من المرسل ، ولا يحتج بالمرسل مادام هناك طريق ليست فيه زيادة .

وفائدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فأجازه الورثة تنفذ واجازة محضة يكفى فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو أنفذت فاذا قال ذلك لزمت الوصية وان كانت باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المجيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

والراجح لدينا : الرأى الاول وذلك لعدة أسباب :

الاول : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث الا اذا أجازت الورثة » (٢٦) وهذا الاستثناء يكاد أن يجمع العلماء على صحة وروده عن النبى صلى الله عليه وسلم .

الثانى : وان قال البعض بأنه مرسل : نقول بأن المرسل يعتبر حجة اذا توافرت فيه عدة شروط منها أن يوافق قول أهل العلم وهذا قد وافق ، وكذا ألا يختلف مع قول الصحابى ولم يرد قول لأحد الصحابة بمخالفة الاستثناء ومنها ألا يرد فى الباب غيره ، ولم نقف على غير هذا الحديث الا أنه روى بروايات متعددة ويؤيد بعضها بعضا ، ومنها أنه لا يخالف الحفاظ ، وأن لا يخالف الثقات ولو فرض بأن كلمة الا أن يجيز الورثة ، يادة فالزيادة من الثقة مجمع على قبولها ، بل

---

(٢٦) نيل الأوطار ج ٦ ص ٤٦ الطبعة الأخيرة .

الثابت أن الرواية برمتها وردت فى عام الفتح وروتها الكتب الصحاح ، ولم يخالف فى ذلك الا النذر اليسير .

الثالث : أن الشافعى وان كان من المخالفين الا أن الاظهر عند الشافعى مع القائلين بصحة الوصية ، ولعل الرواية الاخرى رويت قبل اطلاعه على رواية الحديث التى وردت فى عام الفتح ، وحتى الظاهرية الذين قالوا بنفيها أصلا اعتمادا على الظاهر المستفاد من الحديث فان الظاهر لا يؤيدهم ، لورود الاستثناء من النفى المتقدم .

رابعا : لان الوصية للوارث أمر صدر من أهله فى محله ، قياسا على ما لو أوصى لاجنبى ، ولان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بايثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة .

ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولاجنبى :

فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبى وبين الوارث نصفين ، وان ردوا جازت فى حصة الاجنبى وبطلت فى حصة الوارث .

وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبى لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم ، كما لو أوصى لحى وميت أن الوصية كلها للحى لما قلنا كذا هذا ، وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالاجازة وبه تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وان الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل فى حصته برد الباقين واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية فى حق الوارث بالرد فبقيت فى حق الاجنبى على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فرد أحدهما دون الآخر . (٢٧)

---

(٢٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٨ .

الحيـل الباطلة لتجـويز الوصية للوارث

الأولـى :

ومن الحيل الباطلة المحرمة اذا أراد أن يخص بعض ورثته ببعض الميراث وقد علم أن الوصية لا تجوز ، وأن عطيته فى مرضه وصـية ، فالحيلة أن يقول : كنت وهبت له كذا وكذا فى صحتى ، أو يقر له بدين فيتقـدم به •

وهذا باطل ، والاقرار للوارث فى مرض الموت لا يصح للتهمـة عند الجمهور بل مالك يرده للأجنبى اذا ظهرت التهمة ، وقوله هو الصحيح أما اقراره أنه كأن وهبه اياه فى صحته فلا يقبل أيضا ، كما لا يقبـل اقراره له بالدين ولا فرق بين اقراره له بالدين أو بالعين ، وأيضا فهو المريض لا يملك انشاء عقد التبرع للمذكور ، فلا يملك الاقـرار به ، لاتحاد المعنى الموجب لبطلان الانشاء ، فانه بعينه قائم فى الاقـرار ، وبهذا يزول النقض بالصور التى يملك فيها الاقرار دون الانشاء ، فان المعنى الذى منع من الانشاء هناك لم يوجد فى الاقرار ، فتأمل هـذا الفـرق • (٢٨)

الثـانية :

من الحيل فى الوصية للوارث أن يقـول : أوصيت لزيد بألف ان تبرع لولدى بخمسمائة مثلا ، فان قبل لزمه دفعها اليه وبقيـة الورثة لا عبرة بردهم واجازتهم الوصية فى حياة الموصى فلمن رد الوصـية فى حياته الاجازة بعد موته وعكسه اذ لا استحقاق لهم ولا للموصى له قبل موته وقد يبرأ وقد يموت الموصى له قبله و لاأثر للاجازة أيضا بعـد الموت مع جهل قدر المال الموصى به كالابراء عن المجهول • (٢٩)

---

(٢٨) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٠٢ •

(٢٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٤ •

الشرط الرابـــــع

أن لا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة

يشترط أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصى بغير حق ، لان قتله للموصى بحق لا يبطل الوصية ، كما لو كان الموصى قد زنى وكان محصنا فاستحق الرجم ، فشارك الموصى له فى رجم الموصى فقتله فلا تبطـل وصيته ، لان القتل حينئذ يكون بحق وكذلك لو وجب على الموصى القتل قصاصا لقتله غيره وكان المنفذ للقصاص هو الموصى له فلا تبطل وصيته لأن قتله للموصى بحق وكذلك لو كان الموصى مرتدا ، فقتله الموصى له فلا تبطل الوصية لان المرتد يهدر دمه بعد الاستتابة ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » (٣٠) فقتله حينئذ بحق ومن ثم لاتبطل الوصية ، ولذلك لا تبطل الوصية الا اذا كان الموصى له قد قتله بغـير حق وذلك لقوله تعالى «ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق» (٣١)

وبالرغم من أن هذه الآية نص فى النهى عن القتل بغير حق الا أننا نتسائل هل يمنع الموصى له القاتل من أخذ الوصية من الموصى ؟ أى لا تصح وصيته ؟ هل هى محل اجماع أم لا ؟

اختلف الفقهاء على أربعة أقوال :

القول الاول : لا تصح الوصية للقاتل ، وقد قال به الثـورى ، وأصحاب الرأى (٣) وأبو بكر من الحنابلة (٣٣) ، وبعض الشيعة (٣٤)، ورأى للشافعية (٣٥) ٠

---

(٣١) سورة الاسراء الآية رقم ٣٣ ٠
(٣٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٩ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٩٠
(٣٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١١١ ٠
(٣٤) الايضاح جـ ٨ ص ١٧٢ ٠
(٣٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٣ ٠

القول الثانى : أنه تجوز الوصية للقاتل ، وهو قول مالك (٣٦) ، وأبو ثور وابن المنذر ، وأظهر قولى الشافعى ، (٣٧) وقول ابن حامد من الحنابلة • (٣٨)

القول الثالث : وقد فصل أبو الخطاب من الحنابلة حيث قال : ان أوصى له بعد جرحه الذى أدى الى موته صح ، وان أوصى له قبل طرأ القتل على الوصية أبطلها ، وهو قول الحسن بن صالح •

القول الرابع : أن الوصية تبطل اذا كان القتل عمدا ، سواء تقدمت الوصية على الجرح المزهق للروح أو تأخرت عنه ، ولا تبطل فى القتل الخطأ ، وهذا قول الهادى والمؤيد بالله ، وأبو طالب من أهل البيت ، وغيرهم من أهل الشيعة • (٣٩)

الادلة

أدلة القول الاول : القائلين بعدم صحة الوصية للقاتل :

ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا وصية لقاتل » (٤٠) وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شىء ، ذكر الشىء نكرة فى محل النفى فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ، ولأن الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا على رضى الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا •

وعن عبيدة السلمانى أنه قال : لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة ، وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام الى زمن التابعين رضى الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل •

---

(٣٦) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٧٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص٣٣٥ •
(٣٧) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٣ •
(٣٨) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١١١ •
(٣٩) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار جـ ٦ ص ٣١١ •

وذكر محمد بن الحسن رحمه الله هذه الاثار فى الاصـــل وقال الوصية عندنا بمنزلة ذلك ولا وصية للقاتل ، ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية فى القاتل كما يتأذى البعض بوضعها فى البعض ، فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ، ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقـــد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم فى مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغى أن لا يملك التبرع بشىء من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الامر فيهما على أصل القياس ، ولان القتل بغير حـــق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصـــلح زاجرا لحرمان الميراث فيثبت ، وسواء كان القتل عمدا أو خطـــأ ، لان القتل الخطأ قتل وأنه جازت المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعـــد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصـــية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت • (٤١)

أدلة القول الثانى : القائلين بصحة الوصية للقاتل :

أولا : العمومات الواردة فى صحة الوصية منها قوله تعـــالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » « ومن بعد وصية يوصين بها أو دين » الـــخ هذه الآيات ، دلت هذه الآيات على صحة الوصية مطلقـــا دون أن تخصص ما اذا كان الموصى له قاتلا أو غير قاتل ، والعام يظـــل على عمومه ما لم يخصصه دليل •

ثانيا : قول الله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف » دلت هذه الآية على

---

(٤١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٩ •

ايجاب الوصية لغير الوالدين من الاقربين لنسخها بآية المواريث دون أن تستثنى القاتل أو غيره ، اذلك صحت الوصية للقاتل .

ثالثا : أن القاتل يجوز له الهبة ابتداءا فتجوز الوصية بجامع أن كل منهما تبرع ، ولأن الهبة له تصح فصحت الوصـية له كالذمى ، ولان الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافى أهلية التمليك .

دليـل القول الثالث : الذى فرق بين صدور الوصية قبل الجرح وبعده:

فأبطلها اذا صدرت من الموصى قبل القتل : وأجازها اذا صدرت بعد الجرح ، وذلك جمعا بين نص أحمد بن حنبل (٤٢) — فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح ، فقال أحمد يعتبر من ثلثه ، قال وهذه وصية لقاتل ، ونص أحمد كذلك على أن المدبر اذا قتل سيده بطـل تدبيره والتدبير وصية — فى الموضعين ، لان الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما اذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فابطلها لانه يبطل ما هو أكثر منها ، ويحققه أن القتل انمـا منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذى انعقد بسببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارىء عليه أيضا ، وهذا المعنى متحقق فى القتـل الطارىء على الوصية فانه ربما استعجلها بقتله ، وفارق القتل قبـل الوصية فانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه ، والموصى راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا كما لا يفترق الحال بذلك فى الميراث وعلى هـذا متى دبر عبده بعد جرحه اياه صح تدبيره .

---

(٤٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١١١ — ١١٢ .

أدلة القول الرابع : الذى يفصل بين القتل العمد فيجعله مبطلا للوصية، والقتل الخطأ يجعله لا يبطل الوصية :

لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لقاتل وصية » ويحمل هـذا الحديث على نفى الوصية للقاتل عمدا ربما دفعه الى القتل تعجـل الحصول على الوصية فلا بد أن يعاقب بنقيض قصده ، وذلك بالقاعدة الفقهية المشهورة « من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه » ، وأما القاتل خطأ فلم يتوفر التعجل للحصول على الوصية وانما أخطأ سواء فى الفعل أو فى القصد لقلة التثبت وانعدام الاحتياط فكان حكمة دون القتل العمد ، ومن ثم فلا يحرم من الوصية للقتل الخطأ •

والراجح لدينا : الرأى الأول :

الذى ينفى الوصية للقاتل وذلك لعدة أسباب :

الاول : أن رأيهم يتمشى مع صريح الحديث الصـحيح الذى لا اعتراض عليه من حيث متنه أو سنده •

الثانى : أنه يعتبر رأى الجمهور حتى الذين خالفوه وردت عنهم روايات تقول بهذا الرأى •

الثالث : أن الحديث مع صحة سنده ومتنه يصلح أن يكـون مخصصا لعموم الكتاب •

الرابع : أن الرأى الثانى الذى يقول بصـحة الوصـية للقاتل يستدل بالعمومات وهذه العمومات قد خصصت بحديث « لا وصـية لقاتل » وكذلك الحديث المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والمتفق عليه « لا يرث القاتل قتيله » عمدا كان القتل أو خطأ ، والوصية أخت المـيراث •

الخامس : كما أن الحرمان منها يعد من قبيل العقوبة المترتبة على القتل كما أن حرمان الارث يعد كذلك عقوبة للقاتل اذا قتل مورثه فانه يحرم من الميراث ، مع أن الميراث اثباته أشد من اثبات الوصية ، لانه حق مقدر بطريق الشرع ، فان ثبتت العقوبة فيما فيه الاجبار كانت العقوبة فيما فيه الاختيار أولى •

السادس : أما الرأى الثالث الذى فصل بين الوصية الصادرة قبل الجرح وبعده ، وأبطل الاولى وأباح الثانية فهذا تفصيل أو فصل يعتبر لا دليل يؤيد هذا الفصل سواء كان من كتاب أو سنة ، ولكنه استند فقط الى النص المنقول عن الامام أحمد ، وهذا لا يصلح دليلا ، وأما قوله ان الوصية بعد الجرح صدرت من أهله فى محله فانه يعد مريضا مرض الموت وليست كل تصرفاته التى تقع فى مرض الموت صحيحة ،حتى وان قلنا ان التصرف صدر من أهله ولكنه لم يصدر فى محله ، فكان أولى بالقائل أن يجعل ما بعد الجرح مساويا لما قبله الا أن يكون قد دفعه الى ذلك مجرد المخالفة •

السابع : أما الرأى الرابع الذى يفصل بين القتل العمد والقتل الخطأ ويبطل الوصية للقتل العمد ، ويجيزها للقاتل خطأ ، هذا قول ظاهر الفساد وسبب فساده :

أ ــ أن كلا منهما يطلق عليه قاتل •

ب ــ كما أن كلا منهما يؤدى الى الحرمان من الميراث فكيف يحرم الوصية فى العمد ولا يحرمها فى الخطأ هذا تناقض •

جـ ــ ان الحديث الذى استندوا اليه حكاه فى الشفاء مرة عن زيد ابن على عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ومرة عن على رضى الله عنه موقوفا عليه ، ونسبه فى التلخيص الى الدارقطنى والبيهقى من حديث على ثم قال واسناده ضعيف جدا • (٤٣)

---

(٤٣) جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار جـ٦ ص ٣٠٩ •

ولا تجوز الوصية لعبد القاتل ، كانَ على العبد دين أو لم يكـــن ولا لمكاتبه ، لأننا لو جوزنا الوصية لعبد القاتل لآلت الى القاتل بطريق اللزوم ، لان العبد وما ملكت يداه لسيده ، وكذلك المكاتب لأنه يستعين بالوصية على آداء بدل الكتابة فتؤل الوصية كذلك الى القاتل .

ولو اشترك عشرة فى قتل رجل فأوصى لبعضـــهم بعد الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال ، حيث وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبـــــد الموصى فأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده ثم مات فالوصـــــية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى فى قيمته .

أما بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحـــــد منهم قاتل فكان الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له .

وأما صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب اشكال وهو أن الاعتاق حصل فى مرض الموت والاعتاق فى مرض الموت وصية ، والوصـــــية للقاتل لا تصح ، والعبد قاتل فينبغى أن لا ينفذ اعتاقه والجــــواب عنه من وجهين .

أحدهما : ان الاعتاق فى مرض الموت ليس بوصية حقيقـــة ، لان الوصية تمليك والاعتاق اسقاط الملك وازالته لا الى أحد وهما متغايران بل متناقضان حقيقة وكذا الاعتاق ينجز حكمه للحال وحكم الوصـــية يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق فى مرض الموت وصية حقيقية، الا أنه يشبه الوصية من حيث أنه يعتبر من الثلث لا غير .

الثانى : ان كان فى معنى الوصية فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا ترى أن العبد يسعى فى قيمته والسعاية قيمة الرق ، فكانت السعاية رد للوصية معنى والعتق بعـــد وقوعه وان كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد الســـعاية التى هى قيمة الرقبة .

ولو أوصى الى عبد بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته غير أنه يعتق ويسعى فى جميع قيمته ، أما بطلان الوصية فلانه وصية للقاتل ، وأما نفاذ العتق فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل هى صحيحة ، ألا ترى أنها تقف على اجازة الورثة فى ظاهر رواية الحنفية ، فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث ، فلما مات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية كما لو أعتقه نصا فى مرض موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غير أن عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة ، لان الاعتاق متجزىء عنده فيعتق ثلث رقبته ويسعى فى ثلثيه لانه معتق البعض ويسعى فى ذلك الثلث الذى عتق ردا للوصية معنا بالسعاية ، لان لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية، وعند أصحاب أبى حنيفة وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كلـــه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ، ومتى عتق كله يسعى فى قيمتــــه ردا للوصية معنا فاتفق الجواب وهو السعاية فى جميع قيمته وانما اختلف الطـــريق •

ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر فى الاصل : أنه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر فى الزيادات أن على قـــول أبى يوسف لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل على الجواز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولابى يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والســـلام أنه قال « لا وصية لقاتل » وقال عليه الصلاة والسلام ليس لقـــاتل شىء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع القتل •

ولهما أن امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضـــع الوصية فى القاتل اكثر مما يتأذى البعض بايثار البعض بالوصـــبة ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقين فههنا أولى •

والدليل على أن المانع هو حق الورثة : أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا أجازوا فقد زال المانع فجازت ، ولهذا جازت الوصية لبعض الورثة باجازة الباقين كذا هذا ، ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان القاتل صبيا لان قتله لا يوصف بالحرمة ، ولهذا لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية وكذا القتل تسببيا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف فى كتاب الفرائض .

أما الاقرار للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويجيء جاز لان اقرار المريض مرض الموت فى معنى الوصية ألا ترى أنه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويجيء كان فى حكم الصحيح فيجوز كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويجيء كان فى حكم الصحيح فيجوز كما لو أقر لوارثه فى هذه الحالة وكذا الهبة فى المرض فى معنى الوصية فلا تصح للقاتل ، وعفو المريض عن القاتل فى دم العمد جائز لقوله تعالى : « وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » (٤٤) مطلقا من غير فصل بين حال المرض والصحة ، ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص ليس بمال وبهذا علل فى الاصل .

وان كان القتل الخطأ يجوز العفو من الثلث لأن القتل الخطأ يوجب المال فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال ، انها جائزة من الثلث ودلت المسئلة على أن الدية كلها تجب على العاقلة ولا يجب على القاتل شيء لأنه لو وجب لم يصح عفوه من الثلث فى حصة القاتل لأنه يكون وصية للقاتل فى ذلك القدر ولا وصية لقاتل ، ولما جاز العفو ههنا من الثلث

---

(٤٤) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٧ .

علم أن الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ، ثم الوصية انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة ، فان اجازت الورثة جازت ، ولم يذكر فى الأصل اختلافا وذكر فى الزيادات قول أبى يوسف أنها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبى حنيفة ومحمد رحمهم الله •

وجه قول أبى يوسف : أن المانع هو الجواز — هو القتل — وانه لا ينعدم بالاجازة ، ولهذا حرم الميراث ، أجازته الورثة أولا ، ولانه لما قتله بغير حق صار كالحربى ، والوصية للحربى لا تجوز أجازت الورثة أم لم تجز ، كذا القاتل • وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز لمكان حق الورثة لما ذكرنا فى الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم ، كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقين بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها الاجازة هناك فلان تلحقها هنا أولى • (٤٥)

وبالجملة كل قتل لا يحل له وجب عليه فيه الدية والقود مما ولاه بنفسه أو اشترك مع غيره ، أو كان بأمره مما يجب عليه فيه القود والدية فلا تصح له به وصية المقتول •

وكذلك جميع من يضمن ديته من وجوه التضييع مثل من رآه أشرف على الهلاك فتركه حتى مات ضيعه ، واذا كان ممن يجب عليه أن ينجيه من الهلاك فان أوصى له فلا تجوز وصيته • (٤٦)

ومثال ذلك : ما لو أوصى لرجل ثم بعد الوصية رأى الموصى له الموصى فى البحر وكان يسير على شاطئه ويجيد السباحة ، ورأى الموصى قد أشرف على الغرق ، فتركه ، ولم يحاول انقاذه ، فانه يعتبر مساهما

---

(٤٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٠ ، البحر الزخار ج ٦ ص ٣١١

(٤٦) الايضاح ج ٨ ص ١٧٣ •

فى قتله ومن ثم لا يستحق الوصية ، ويندرج تحت هــذه القـــاعدة المتقدمة ، كل من ساهم أو شارك أو حرض على قتـــل الموصى فانه لا يستحق الوصية لمشاركته فى القتل وكذلك لو كان الموصى له طبيبـا والموصى عرض عليه حالة مرضه فأهمل فى علاجه ابتغاء الحصـول على الوصية فانه ينبغى أن يعاقب بنقيض قصده ، فيحرم من الوصية •

ويستثنى مما تقدم : أنه تجوز الوصية لابن القـــاتل ولأبويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه •

الشرط الخـــامس

أن لا يكــون حــربيا عنــد مســتأمن

ان الموصى له قد يكون حربيا ، وقد يكون غير حربى ، وغير الحربى قد يكون كافرا وقد يكون غير كافر ، بأن كان ذميا أو يهوديا •

أما الحربى فقد وقع فيه الخلاف :

فقال الحنابلة (٤٧) ، ومالك (٤٨) ، وأكثر أصحاب الشافعى رضى الله عنهم (٤٩) تصح الوصية للحربى فى دار الحـــرب وهــذا هــو الـــرأى الأول •

الرأى الثانى : أنها لا تصح للحربى ، وهو قول أبى حنيفة (٥٠)، وبعض أصحاب الشافعى (٥١) ، ورأى الشيعة على اختلاف فرقهم(٥٢)

(٤٧) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٤ ، الروض المربع جـ ٦ ص ٥٦
(٤٨) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٥ •
(٤٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٣ •
(٥٠) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٣.
(٥١) مغنى احتاج جـ ٣ ص ٤٣ •
(٥٢) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٩ •

الأدلـــــــــة

أدلة من قال بصحة الوصية للحربى :

بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال : يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت فى حلة عطارد ما قلت فقال : انى لم أعطكها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة .

وعن أسماء بنت أبى بكر قالت : أتتنى أمى وهى راغبة ــ تعنى الاسلام ــ فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقلت : يا رسول الله أتتنى أمى وهى راغبة أفأصلها ؟ قال نعم ، وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم .

وقوله تعالى : « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحـــب المقسطين » (٥٣) والآية حجة فيمن لم يقاتل ، فاما المقاتل فانه نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة .

ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة والوصية فى معناها .

أدلة القول الثانى : القائلين بعدم جواز الوصية للحربى .

الأول : قوله تعالى « انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم .. الآية » دلت هـــذه الآية على أن الله تعالى نهانا عن بر من يقاتل المسلمين أو يعين عـــلى قتالهم ، والوصية نوع من أنواع البر المنهى عنه ، فتدخل فى جملـــة ما نهى الله عنه ، والحربى لا يخرج عن كونه مقاتلا للمسلمين ان لم

---

(٥٣) سورة الممتحنة الآية رقم : ٨ .

يكن اليوم فسيكون غدا ، فكأننا نساهم بالوصية فى اعانته على قتال المسلمين وهذا أمر ظاهر الفساد .

الثانى : لان التبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له على تخريب بيوت المسلمين ، وكأنهم فى وصيتهم للمحاربين يخربون بيوتهم بأيديهم .

كما أنه لا يجو صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية الى الحربى المستأمن لما فيه من الاعانة على الحرب فكذا الوصية ، وأن كان يجوز صرف ذلك كله الى غيره من الذمى وغيره ممن ليس بيننا وبينهم حرب .

والراجح لدينا : أنه لا تصح الوصية للمحاربين وذلك لعدة أسباب :

الأول : أن صريح الآية يدل على هذا النهى ، والقول بصحة الوصية للحربى يكون فيه مخالفة صريحة لنص الآية الواردة فى النهى عن برهم .

الثانى : ان الحربى الوصية له تعتبر عونا له على المسلم ان عاجلا أو آجلا ويعتبر هذا تعاونا على الاثم والعدوان ، والله تعالى يقول :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » (٥٤) .

الثالث : ان أدلة المجوزين لصحة الوصية للحربى لا تعتبر صريحة فى الجواز لان دليلهم من القرآن لا ينهانا عن بر الذين لا يقاتلون فى

---

(٥٤) سورة المائدة الآية رقم : ٢ .

الدين ولا يخرجوننا من الديار ، والحربى لاشك أنه مقاتل فى العاجل أو الآجل ومظاهر على اخراج المسلمين من ديارهم •

الرابع : لا يمكن قياس الحربى على الذمى أو اليهودى لوجـود الفـارق بينهمـا •

الخامس : وأما فعل النبى صلى الله عليه وسلم مع عمر قد يكون تطييبا لخاطر عمر رضى الله عنه ، ومحاولته التأثير على أخيه ليدخل فى الاسلام ، وأما فعل أسماء بنت أبى بكر ومحاولتها صـلة أمها فقـد قالت معللة ذلك هى راغبة فى الاسلام وصلتها لمحاولة دخولها فيه ، كما أن فعل كل من عمر وأسماء ليس وصية ، بل هو صلة رحم لاسيما أنه كان تمليكا حال الحياة ، والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت •

وصية المسلم للذمى ، والذمى للمسلم ، والذمى للذمى :

تصح وصية المسلم للذمى ، والذمى للمسلم ، والذمى للذمى ، روى اجازة المسلم للذمى عن شريح ، والشعبى ، والثورى ،والشافعى رضى الله عنه واسحاق ، وأصحاب الرأى ، وأهل الظاهر ، والشيعة والحنابلة ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم • (٥٥)

وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة فى قوله تعـالى « الا ان تفعلوا الى أوليائكم معروفا » (٥٦) هو وصية المسـلم لليهـودى والنصرانى ، وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة : أن صفية

---

(٥٥) راجع : المغنى لابن قـدامة ج ٦ ص ١٠٣ ، مغنى المحتـاج ج ٣ ص ٤٣ ، تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٣ ، المحلى ج ٩ ص ٣٢٢ ، البحر الزخار ج ٦ ص ٣٠٩ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤١ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٥ •

(٥٦) سورة الأحزاب الآية رقم : ٦ •

بنت حيى باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلث المائة ألف •

ولانه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وأنها صحت وصية المسلم للذمى ، فوصية الذمى للمسلم والذمى للذمى أولى ، ولا تصح الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ، ولو أوصى لوارثه أو لأجنبى بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء •

ويستثنى من ذلك : أنه لا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم ، لانه لا يجوز هبتهما له ولا بيعهما منه ، وان أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وان أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبت الا بالقبول لانه لايجوز أن يبتدىء الملك على مسلم ومن قال يثبت الملك بالموت قبل القبول ،قال الوصية صحيحة لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لانه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضا لأنه يأتى بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك •

الشرط السادس

أن لا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشىء معين من ماله سوى رقبة العبد

ويشترط فى الموصى له أن لا يكون مملوكا للموصى ، اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير معينة أو بجزء من ماله ، وهو قول الاكثرين وبه يقول الثورى واسحاق وأصحاب الرأى والحنابلة • (٥٧)

---

(٥٧) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ١٠٩ ، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٤٢.

وقيل بأنها تصح ، وهو رواية لأحمد (٥٨) وهو قول مالك (٥٩) وأبي ثور .

وقال الحسن وابن سيرين تتوقف الصحة على اجازة الورثة .

واستدل الأحناف ومن وافقهم على عدم صحة الوصية بأن قالوا : لأنه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ، لأن العبد ملك للورثة فما وصى به فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه ، والوصية للوارث لا تجوز .

واستدل من قال بصحة الوصية :

بأن أوصى له حق الوصية لمن شاء عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « أن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم ، زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم » هذا الحديث أفاد بأن للموصى أن يضع وصيته حيث شاء ، وقد شاء أن يعطيها لعبده ، وأيضا أن الوصية لها شبه بالارث والهبة واعطائها لعبده يجعل شبهها بالهبة قوى لاسيما وان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، واعطائها للعبد مساعدة له على عتقه ، ولا يمكن أن يتوقف على اجازة الورثة لان اخراج ما أوصى به الموصى مقدم على تقسيم التركة ، واذا آلت الوصية الى العبد عتق ، فلا يدخل فى ضمن التركة التى تقسم لاسيما أنه يعد منفذا لتخليص العبد من الرق .

وان أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول فى ذلك الى العبد لان العبد مضاف اليه ، فاشبه مالو وهبه شيئا ، واذ قبل ثبت لسيده ، لانه من كسب عبده ، وكسب العبد لسيده ، ولا تفتقر فى القبول الى اذن السيد ، لانه كسب فصح من غير اذن سيده كالاحتطاب،

---

(٥٨) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٩ ، الروض لمربع جـ ٦ ص٥٨
(٥٩) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ٢٧ .

وهذا قول أهل العراق والشافعى ولأصحاب الشافعى وجه أن القبول يفتقر الى اذن السيد لانه تصرف من العبد فأشبه بيعه وشراءه ، ولأنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر الى اذن بقبول الهبة وتحصيل المباح •

وان أوصى لحر ثم استرق لم تكن الوصية لسيده مطلقا بل متى عتق فهى له ، وان مات رقيقا كانت الوصية فيئا فى الاظهر ، فتقسم تقسيم الفيىء — وهو رأى الشافعية — على قياس ما ذكروه فى مال من استرق بعد نقض أمانة قاله الركشى ، والثانى : لورثة الموصى •

تنبيه : محل صحة الوصية للعبد اذا لم يقصد الموصى تمليكه ، فان قصده ، قال فى المطلب : لم تصح كنظيره فى الوقف ، وفرق السبكى بأن الاستحقاق هنا منتظر فقد يعتق العبد قبل موت الموصى فتكون له أولا فلمالكه بخلافه ثم فانه ناجز ، وليس للعبد أهلا للملك ، وقضية هذا الفرق : أنه لو قال وقفت هذا على زيد ثم على عبد فلان ، وقصد تمليكه صح له لان استحقاقه منتظر ، ويقيد كلامهم بالوقف على الطبقة الأولى ، وهو كما قيل متجه لان يغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى المتبوع •

أما الوصية بالتدبير :

من حيث المبدأ صحيحة ومتفق على جوازها ، وخصوصا اذا كانت الوصية بالتدبير كاملا ، ويعتق بعد الموت ، أما اذا أوصى له بشىء من رقبته بأن أوصى له بثلث رقبته جاز لان الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته ومنه وتمليك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيصير ثلثه مدبرا فى قول أبى حنيفة رحم الله وأبو يوسف يصير كله مدبرا لان التدبير يتجزأعند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ • (٦١)

---

(٦٠) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤١ •

(٦١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤٢ •

من أوصى لعبده بثلث ماله فما الحكم ؟

قال الحسن وابن سيرين ، وأبو حنيفة ، ومالك والشافعى والشيعة، من أوصى لعبده بثلث ماله أعتق العبد من الثلث فان فضل من الثلث شيء أعطيه وكذلك ان أوصى له بجزء مشاع فى ماله أقل من الثلث فيعتق ويعطى ما فضل من ذلك الجزء ، (٦٢) ثم اختلفوا ان لم يحمله ثلثه •

فقال الحسن ، وابن سيرين وأبو حنيفة (٦٣) وأهل الشيعة على اختلاف فرقهم (٦٤) يعتق ما حمل الثلث ثم يعتق باقيه ويستسعى فى قيمة ما فضل منه عن الثلث • وقال الشافعى (٦٥) ومالك (٦٦) فيما رواه سحنون يعتق منه ما يحمل الثلث ويبقى سائره رقيقا ، وروى عن مالك العبد فى نفسه اذا عتق منه جزء أحرى أن يستكمل ما بقى منه على نفسه ، وفى رواية ابن القاسم فهو أحرى باستكمال عتقه من غيره وهذا وجه ما سمعت واستحسنت •

وقال الحنابلة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث الا ان يجيز الورثة (٦٧) ، وقال أبو ثور وأبو سليمان وأهل الظاهر (٦٨) ووصية المرء لعبده بمال مسمى أو بجزء من ماله جائز وكذلك لعبد وارثه،

---

(٦٢) المدونة الكبرى ج ٦ ص ٢٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٢ مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤١ ، المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٠٨ ،البحر الزخار ج ٦ ص ٣١٠ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ج ٦ ص ٥٨ •
(٦٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٢ •
(٦٤) البحر الزخار ج ٦ ص ٣١٠ •
(٦٥) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤١ •
(٦٦) المدونة الكبرى ج ٦ ص ٢٨ •
(٦٧) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٠٨ •
(٦٨) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٢٨ •

ولا يعتق عبد الموصى بذلك ، ولوارث الموصى أن ينتزع من عبده نفسه ما أوصى له به ، فلو أوصى لعبده بثلث ماله أعطى ثلث سائر ما بقى من مال الموصى بعد اخراج العبد عن ماله ولا يعتق بذلك .

وبعد ذكر مذاهب الفقهاء تبين لنا أن المسألة ذات شقين :

الشق الاول : هو أن الوصية صحيحة اجماعا لعبده بجزء من ماله أو بثلثه ولذلك لا تحتاج الى دليل ، وان كان ثمة دليل فنقول ان الوصية صدرت من أهلها بمقدار من المال مباح للموصى الوصية به ،وله حق أن يضعه حيث شاء سواء كان لعبده أو لغيره ، ولا يمكننا نقول بأنها باطلة ، لان بطلانها فيه حجر على الموصى ، والوصية لا حجر فيها، وان صدرت من ناقص الاهلية ، فما بالك بكاملها ولذلك أن كان الثلث يسعه عتق ، وان فاض رجع اليه وان خالف فى ذلك الظاهرية فلا يعتد بخلافهم ، لان هذا الرأى يكاد أن يكون عليه .

الشق الثانى : وهو الذى وقع فيه الخلاف ، وهو ما اذا ضاق الثلث عن العبد فهل يعتق أو لا ؟ مع أنهم متفقون أنه يعتق بقدر الثلث ويبقى خلافهم محصور فى هل يعتق بقيته ويسعى العبد فى القيمة الزائد أم لا ؟ ولم نجد أنه قد خالف فى عدم عتق الزائد الا روايات عن الحنابلة والشافعية والمالكية ، مع ان هذه الروايات قد وردت عن هذه المذاهب بعينها ما يقابلها وينص على صحة عتق القدر الزائد عن الموصى به ويسعى العبد فى قيمته ، ويدل لما نقول : ان نص الرواية الواردة عن مالك التى رواها ابن القاسم « فهو أحرى باستكمال عتقه من غيره » وكذاك المذهب الشافعى يرجح عتقه وسعايته ، وبذلك اشتهر مذهب الحنابلة ، ولم يبق الا الظاهرية الذين خالفوا الاجماع ، حيث أنهم تناقضوا تناقضا عجيبا غريبا ، فقالوا بصحة الوصية ومنعوا العتق، وجعلوا من حق الوارث أن يسترد ما أوصى به للعبد ، لأنه يملك

العبد ، وبالتالى يملك ما يملك العبد وهذا منتهى التناقض بين القول والصحة فى هذا المبدأ والابطال فى المنتهى كما أننا نرجح العتق والسعاية لأن ذلك يؤدى الى صحة وصية الموصى ، ويترتب على ذلك امكان تنفيذها ، وتنفيذها يؤدى الى تخليص العبد من قيد الرق ودخوله فى جملة الأحرار ، وهذا يعد منفذا لتقليل حجم الرق بقدر ما يمكن ولو قلنا بغير ذلك لترتب عليه ابطال الوصية من أصلها ، مع أن الأصل حمل كلام العقلاء على ما به يصح أولى من حمله على ما به يبطل ، وربما كان الموصى يهدف الى عتق الموصى له ، حتى ولو كان عتق بعضه ، لأنه القدر الذى يسعه الثلث ، وربما كان يعتق كذلك لأن العتق لا يتجزأ ، لأن عتق البعض يؤدى الى عتق الكل بطريق السراية ، وحينئذ نكون قد أبقينا على صحة الوصية والأخذ بعبارة الموصى وتخليص العبد من الرق ، وفى نفس الوقت لم نبطل حق الورثة بل نجبر العبد على السعاية فيما بقى من قيمته ، وهذا عملا بالنظرين وتوفيقا بين الحقين ٠

بخلاف ما لو أوصى بعتق مملوك له أو مماليك وعليه دين لله تعالى أو للناس فان كان ذلك الدين محيطا بماله كله بطل كل ما أوصى به من عتق جملة وبيعوا فى الدين ٠

برهان ذلك قول الله عز وجل فى المواريث « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وحكم الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام أن الوصية لا تجوز فى أكثر من الثلث فيما يخلفه الموصى وأن للورثة الثلثين أو ما فضل عن الوصية ان كانت أقل من الثلث فصح ضرورة أن الوصية لا تكون الا بعد آداء الدين ، وان كان الدين واجبا للغرماء فصح أن من أحاط به الدين بجميع ماله (ما ترك) فانه لم يخلف ما يوصى فيه ، وان ما خلفه انتقل الى ملك الغرماء أثر موته بلا فعل وليس لأحد أن يوصى فى مال غيره فبطلت الوصية لذلك ، وهذا قول مالك والشافعى وأبى سليمان وأصحابهم ٠

وقال أبو حنيفة : يسعى فى قيمته ويعتق .

واستدل أبو حنيفة أن رجلا أعتق عند موته عبدا وعليه دين وليس له مال غيره فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يسعى فى قيمته .

وقد رد ابن حزم على ما قاله أبو حنيفة بما يأتى (٦٩) :

ان هذا الخبر لو صح لم يكن لهم حجة فيه أصلا لأنه ليس فيه حكم الوصية انما فيه حكم من أعتق فى حياته عند موته ، فان قالوا : الأمر سواء فى كلا الأمرين قلنا : هذا باطل لأنه قياس والقياس كله باطل ثم لو صح القياس لكان هذا منه عين الباطل لأن بين الوصية وبين فعل الحى علة تجمع بينهما ، فكيف وهو خبر مكذوب لا يصح، رويناه من طريق سعيد بن منصور نا هشيم نا الحجاج — هو ابن أرطأة — عن العلاء بن بدر عن أبى يحيى المكى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا فيه أربع فضائح أحدها يكفى ، أولها : أنه مرسل ولا حجة فى مرسل ، وثانيها : أنه عن الحجاج بن أرطأة وهو مطروح ، وثالثها : عن العلاء بن بدر وهو هالك متروك ، ورابعها : أنه عن يحيى المكى وهو مجهول ولا يحل الأخذ فى دين الله تعالى بما هذه صفته .

قال أبو محمد : فلو أوصى بعتق مملوك له أو مماليك وعليه دين لا يحيط بما ترك وكان يفضل من المملوك فضله عن الدين وان قلت أعتق من أوصى بعتقه ويسعى للغرماء فى دينهم ثم عتق منه ثلث ما بقى بلا استسعاء واستسعى للورثة فى حقهم ، برهان ذلك : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بانفاذ عتق من أعتق شركا له فى مملوك،

---

(٦٩) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٤٧ .

وأن يستسعى المملوك المعتق لشريك معتقه وهذا الموصى بعتقه للموصى فيه حق وقد شركه الغرماء والورثة فيعتق ويسعى فان كانوا أكثر من واحد أقرع بينهم فمن خرج للذين رق ومن خرج للوصية عتـق ورق الباقون الا أن يقرع بينهم للعتق فى مملوك فيعتـق ما بقى منـه بالاستسعاء لمـا ذكرنا فى المسئلة التى قبل ٠

الشرط السـابع

أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها

ويشترط فى الموصى له أن لا يكون مجهولا جهـالة لا يمـكن ازالتها ، فان كان لم تجز الوصـية له لأن الجهـالة التى لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تقيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس أنه لا يصح بلا خلاف ، ولو أوصى لأحد هذين الرجلين لا يصح فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وعند صاحبيه يصح وعند أبى يوسف رحمـه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الورثة يعطوا أيهما شـاءوا ٠

وجه قول محمد : أن الايجاب وقع صحيحا لأن أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة يمـكن ازالتها ، ألا ترى أن الموصى لو عين أحدهما حال حياته لتعين ، ثم ان محمدا يقول : لمـا مات عجـز عن التعيين بنفسه فيقوم ويرثه مقامه فى التعيين ٠

وأبو يوسف يقول : لمـا مات قبل التعيين شاعت الوصـية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر ، كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبـل البيان ، ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ، ولأبى حنيفـة أن

الوصية : تمليك عند الموت فتستدعى كون الموصى له معلوما عند الموت ، والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الأصل ، كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ، ولا يقام الوارث مقام الموصى فى البيان لأن ذلك حكم الايجاب الصحيح ، ولم يصح ، الا أن الموصى لو بين الوصية فى أحدهما حال حياته صحت لأن البيان انشاء الوصية لأحدهما فكان وصية مستأنفة لأحدهما عينا وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بأرفعهما لرجل وبأخسيهما لآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو فالوصية بطلت فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله اجتمعا على أخذ الباقى أو لم يجتمعا .

وقال أبو يوسف رحمه الله : ان اجتمعا على أخذ الباقى فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شىء لهما . وروى عن أبى يوسف أنه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون أنها باطلة اذا لم يكن فى اللفظ ما ينبىء عن الحاجة ، وان كان فيه ما ينبىء عن الحاجة فالوصية جائزة لأنهم اذا كانوا لايحصون ولم يذكر فى اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا لهم ، وهم مجهولون التمليك ، والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لايصح، ثم اختلف فى تفسير الاحصاء :

قال أبو يوسف : ان كان لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون .

وقيل : ان كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت لا يحصون .

وقيل يفوض الأمر الى القاضى ، وان كان فى اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصية بالصدقة وهى اخراج المال الى الله سبحانه

وتعالى ، والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت الوصية ثم اذا صحت الوصية فالأفضل للوصى أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله فى واحد فما زاد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز الا أن يعطى اثنين منهم فصاعدا ، ولا يجوز أن يعطى واحدا الا نصف الوصية (٧٠) ، وبيان هذا الشرط فى مسائل متعددة :

المسألة الأولى : الوصية لفقراء المسلمين :

اذا أوصى بثلث للمسلمين لم تصح لأن المسلمين لا يحصون ، وليس فى لفظ المسلمين ما ينبىء عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح •

ولو أوصى لفقراء المسلمين أو لمساكينهم صحت الوصية لأنهم وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبىء عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقربا الى الله تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز شأنه ثم الفقراء يتملكون بتمليك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الأغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا لا يحصون واذا صحت الوصية فلو صرف الوصى جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد أن الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة الا أنه أقام الدليل على أن الاثنين فى باب الوصية يقومان مقام الثلاثة لأن الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الاثنين من البنات مقام الثلاثة منهن فى استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الأخوة والأخوات يقومان مقام الثلاث فى نقص حق الأم من الثلث الى السدس ، ولا دليل على قيام

---

(٧٠) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤٣ •

الواحد مقام الجماعة مع أن الجمع مأخوذ من الاجتماع ، وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن •

ولهما أن هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهى الزام المال حقا لله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية • فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ، ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى « انما الصدقات للفقراء » وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على أن مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان ، فأما عند التعذر فلا ، بل يجب حمل اللفظ على مطلق الجنس كما فى قوله : والله لا أتزوج النساء ، وقوله ان كلمت بنى آدم أو ان اشتريت العبيد أنه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه فى واحد من الجنس ، وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لأن ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس (٧١) •

المسألة الثانية : الوصية لأهل القرية :

ومن أوصى لأهل قرية لم يعط من فيها من الكفار الا أن يذكرهم. يعنى به المسلم اذا أوصى لأهل قرية أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهى للمسلمين خاصة ولا شىء للكفار ، وقال الشافعى رضى الله عنه يدخل فيه الكفار لأن اللفظ يتناولهم بعمومه ، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته أو لقرابته دخل فيل المسلم والكافر فكذلك المسلم •

---

(٧١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤٤ •

ووجه الأول : أن الله تعالى قال : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » فلم يدخل فيه الكفار اذا كان الميت مسلما ، واذا لم يدخلوا فى وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك فى وصية المسلم ، ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم ، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ فى الأولاد والأخوة والأزواج وسائر الألفاظ العامة فى الميراث فكذا ههنا ، لأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، وان صرح بهم دخلوا فى الوصية لأن صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال ، وان وصى لهم أهل القرية كلهم كفار دخلوا فى الوصية لأنه لا يمكن تخصيصهم اذ فى اخراجهم رفع اللفظ بالكلية ، وان كان فيها مسلم واحد والباقى كفار دخلوا فى الوصية لأن اخراجهم بالتخصيص ههنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين :

أحدهما : مخالفة لفظ العموم .

والثانى : حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد ، وان كان أكثر أهلها كفارا فظاهر كلام الخرقى أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه اليهم والتخصيص يصح وان كان باخراج الأكثر، ويحتمل أن يدخل الكفار فى الوصية لأن التخصيص فى مثل هذا بعيد، فان تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه الى دليل قوى ، والحكم فى سائر ألفاظ العموم مثل أن يوصى لأخوته أو عمومته أو بنى عمه ، أو لليتامى ، أو المساكين كالحكم فيما اذا أوصى لأهل قريته .

فاما ان أوصى بذلك كافر فان وصيته تتناول أهل دينه لأن لفظه يتناولهم وقرينة حاله ارادتهم ، فأشبه وصية المسلم التى يدخل فيها أهل دينه وهل يدخل فى وصيته المسلمون ؟

نظرنا فان وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكــون فى القرية الا مسلمون ، دخلوا فى الوصية ، وكذلك ان لم يكن فيها الا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وان انتفت القرائن ففى دخـــولهم وجهـــــــان :

أحدهما : لا يدخلون ، كما لا يدخل الكافر فى وصية المسلم .

والثانى : يدخلون ، لأن عموم اللفظ يتناولهم ، وهم أحـــق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ، ومن هو أحق بحكمه الى غيره ، وان كان فى القرية كافر من غير أهل دين الموصى ، لم يدخل فى وصيته لأن قرينة حال الموصى تخرجه ولم يوجد فيه ما وجـد فى المسلم من الأولوية فبقى خارجا بحاله ، ويحتمل أن لا يخرج بنـــاءا على توريث الكفار بعضهم من بعض ، على اختلاف دينهم (٧٢) .

المسألة الثالثة : الوصية للقرابة :

وجملته : ان الرجل اذا أوصى لقرابته أو لقرابة فـــلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيــه ، وأولاد جــده ، وأولاد جد أبيــه ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، ولا يعطى من هو أبعد منــه شىء ، فلو وصى لقـــرابة النبى صلى الله عليــه وسلم أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب ، وأولاد هاشم ، ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل شيئا ، فان الله عز وجل لمـا قال : « ما أفاء الله على رسوله من أهــل القرى فلله وللرسول ولذى القربى » (٧٣) يعنى أقرباء النبى صلى الله عليه وسلم ، أعطى النبى صلى الله عليه وسلم هـــؤلاء الذين

---

(٧٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٦ .
(٧٣) سورة الحشر الآية رقم : ٧ .

ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبنى عبد شمس ونوفل شيئا الا أنه أعطى بنى المطلب وعلل عطيتهم بأنهم « لم يفارقوا بنى هاشم فى جاهلية ولا اسلام » ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئا ولم يعط منهم الا مسلما فحمل مطلق كلام الموصى على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به ، ويسوى بين قريبهم وبعيدهم، وذكرهم وأنثاهم لأن الوصية لهم سواء ويدخل فى الوصية الكبير والصغير ، والغنى والفقير ، ولا يدخل الكفار لأنهم لم يدخلوا فى المستحق من قربى النبى صلى الله عليه وسلم •

ونقل عبد الله وصالح عن أبيهما أحمد رواية أخرى : أنه يصرف الى قرابة أمه وان كان يصلهم فى حياته كأخواله وخالاته ، وأخواته من أمه وان كان لا يصلهم لم يعطوا شيئا لأن عطيته لهم فى حياته قرينة دالة على صلته لهم بعد مماته والا فلا ، وعنه رواية أخرى : أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبى موسى فى الارشاد ، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذى ذكرناه فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون الى الأب الأدنى الذى ينسب اليه ، وهذا مذهب الشافعى لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون فى عمومه ، واعطاء النبى صلى الله عليه وسلم لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم فى غير ذلك الموضع •

وقال أبو حنيفة : قرابته كل ذى رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعدا فان كان له عمان وخالان فالوصية لعميه وان كان له عم وخالان فلعمه النصف ولخاليه النصف ، وقال قتادة : للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث ، وبه قال الحسن قال : ويزاد الأقرب بعض الزيادة•

وقال مالك : يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد •

وجـــه الأول :

ان هذا الاسم له عرف فى الشرع — وهو ما ذكر — فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوى كالوضوء والصلاة والصوم والحج ،ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم ، فان اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا وقد تحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وابنة خاله وخالتـــه وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليـــل فالمصير اليه تحكم ، فاما ان كان لفظه ما يدل على ارادة قرابة أمــه كقوله وتفضيل قرابتى من جهة أبى على قرابتى من جهة أمى أو قوله الا ابن خالتى فلانا ، أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عملا بمـــا دلت عليه القرينة لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره (٧٤) .

المسألة الرابعة : الوصية لبنى فلان :

اذا أوصى لبنى فلان ولم يزد عليـــه فهـــذا لا يخلو من أحـــــد وجهـــــين :

أحدهما : ان كان فلان أبا قبيلة .

ثانيهما : ان لم يكن أبا قبيلة بل هو رجل من الناس يعــــرف بأبى فلان . فان كان أبا قبيلة مثل تميم وأسد ووائل ، فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم ، لأنهم اذا كانوا يحصون فقد قصـــد الموصى تمليك المـــال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية كما لو أوصى لأغنياء بنى فـــلان وهم يحصـــون ويدخل فيه الذكور والاناث لأن الاضـــافة الى أب القبيلة

---

(٧٤) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٢٩ .

اضافة النسب كالاضافة الى القبيلة ألا يرى أنه يصح أن يقال هـذه المرأة من بنى تميم كما يصح أن يقال هـذا الرجل من بنى تميم ، فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكرا كان أو أنثى ، غنيا كان أو فقيرا لأنه ليس فى اللفظ ما ينبىء عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبنى فلان موالى عتاقه يدخلون فى الوصية وكذا موالى مواليهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بنى فلان اذا كان فلان آبا قبيلة هـو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى القبيلة والمنتمون اليهم والحلفاء والموالى ينتسبون الى القبيلة وينتمون اليهم فى العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وروى أنه قال فى جملة ذلك وعبيدهم منهم ، ولأن بنى فلان اذا كانوا لا يحصـون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذ الحليف هـو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف (٧٥) .

المسألة الخامسة : الوصية لأهل بيتى :

وان قال لأهل بيتى أعطى من قبل أبيه وأمه ، يعنى تعطى أمه وأقاربها الأخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعـرف بقرابته والمنص عن أحمد بن حنبل فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة ، فانه قال : فى رواية عبد الله اذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرابتى ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد : وقال أحمد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لى ولا لأهـل بيتى » فجعل سهم ذى القربى لهم عوضا عن الصدقة التى حـرمت

---

(٧٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤٤ .

عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة ، وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبى صلى الله عليه وسلم « اذكركم الله فى أهل بيتى • قال : قلنا : من اهل بيته نساؤه ؟ قال : لا : أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة : آل على وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس » وقال القاضى : قال ثعلب : أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوى فيه الذكور والاناث ، وذكر القاضى أن أولاد الرجل لا يدخلون فى اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشىء فان ولد النبى صلى الله عليه وسلم من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة ، وأعطوا من سهم ذى القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة وولديها وزوجها « اللهم هؤلاء أهل بيتى فاذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا » ؟ ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف نعلمه ، والخرقى عدهم فى القرابة بقوله « لا يجاوز بها أربعة آباء لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى القربى » فجعل هاشما الأب الرابع ولا يكون رابعا الا أن يعد النبى صلى الله عليه وسلم أبا لأن هاشما انما هو رابع النبى صلى الله عليه وسلم •

وان وصى لآله فهو مثل قرابته فان فى بعض ألفاظ زيد بن أرقم من آل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده : آل على وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل » والأصل فى آل أهل فقلبت الهاء همزة ، كما لو قال أهرقت الماء وأرقته ومدت لئلا تجتمع همزتان (٧٦) •

---

(٧٦) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٢١ ـ ١٢٢ •

المسألة السادسة : الوصية للجيران :

وان وصى لجيرانه فهم أهل أربعين دارا من كل جانب نص عليه أحمد (٧٧) وبه قال الأوزاعى والشافعى ، وقال أبو حنيفة الجـار الملاصق (٧٨) ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الجار أحـق بصقبه ، يعنى الشفعة ، وانما تثبت للملاصق ولأن الجار مشـتق من المجاورة ، وقال قتادة الجار الدار والداران .

وروى عن على رضى الله عنه فى قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد » قال من سمع النداء وقال سعيد ابن عمرو بن جعدة : من سـمع الاقامة وقال أبو يوسف الجيران أهل المحلة فى مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وان كان عظيمين فكل أهل مسجد جيران وأما الأمصار التى فيها القبائل فالجـوار عـلى الأفخـاذ .

أدلة القول الأول : ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا » وهـذا نص لا يجوز العدول عنه ان صح ، وان لم يثبت الخبر فالجار هـو المقارب ويرجع فى ذلك الى العرب .

وان وصى لأهل دربه ، أو سكته منهم أهل المحلة الذين طريقهم فى دربـه .

المسألة السابعة : الوصية لأبواب البر :

ونقل المروزى عن أحمد فيمن أوصى بثلثه فى أبواب البر ، يجزأ ثلاثة أجزاء : جزء فى الجهاد ، وجزء يتصدق به فى قرابته ، وجزء فى

---

(٧٧) المرجع السابق جـ ٦ ص ١٢٤ .
(٧٨) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٠ .

الحج ، وقال فى رواية أبى داود : الغزو يبدأ به ، وحكى عنه أنه جعل جزءا فى فداء الأسرى ، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه فى جهات البر كلها لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عمومه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق وقد تدعو الحاجة الى تكفين ميت واصلاح طريق وفك أسير واعتاق رقبة وقضاء دين واغاثة ملهوف أكثر من دعائها الى حج من لا يجب عليه الحج ، فكيف وجوب ما لم يكن عليه واجبا وتعبا كان الله أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة اليه داعية بغير دليل نعلمه تحكم لا معنى له .

واذا قال : ضع ثلثى حيث يريك الله فله صرفه فى أى جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملا بمقتضى وصيته ، ذكر القاضى أنه يجب صرفه الى الفقراء والمساكين ، والأفضل صرفه الى فقراء أقاربه فان لم يجد فالى محارمه من الرضاع ، فان لم يكن فالى جيرانه ، وقال أصحاب الشافعى : يجب ذلك لأن رده الى اجتهاده فيما فيه الحظ : وهذا أحظ .

واستدل من قال بصرفه فى أى جهة من جهات القرب :

أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح ، فلا يجوز تقييده بالتحكم ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه فى المساكين وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشىء ولم يرثوا فانه يبدأ بهم فانهم أحق ، قال : وسئل عن النصرانى يوصى بثلثه للفقراء من المسلمين : أيعطى اخوته وهم فقراء ؟ قال نعم هم أحق يعطون خمسون درهما لا يزيدون على ذلك ، يعنى لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذى يحصل به الغنى (٧٩) .

---

(٧٩) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٢٧ .

الفصل الثانى

الوصية للشخصية الاعتبارية

وهذا هو الشق الثانى من الموصى له ، وهو ما اذا كانت الوصية لجهة عامة ، هو المعبر عنه اليوم بالشخصية الاعتبارية،فتجوز الوصية للجهة العامة ، بشرط أن لا تكون الوصية بمعصية ، فان كانت الوصية بمعصية وكانت من المسلم وقعت باطلة ولا تصح • ومثال ذلك كما لو أوصى المسلم بقطعة أرض ليقام عليها ملهى ليلى أو على أن تكون حانة تشرب فيها الخمور ، أو بأن أوصى بعمارة على أن تكون مكانا يرتكب فيه المعاصى ، فحينئذ تقع الوصية باطلة •

أما لو أوصى المسلم بعمارة مسجد ، أو بناء مدرسة ، أو انشاء مستشفى ، أو أوصى لمستشفى عام بمبلغ من المال على أن يصرف فى علاج زوارها ، فهذه وصية جائزة ، ومع أن الموصى له جهة عامة أو شخصية اعتبارية ولكن لها ما يمثلها ، وينوب عنها فى استخدام هذه الوصايا لمصلحة الجهة العامة •

أما لو أوصى المسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه فى اصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التمليك الى أحد •

ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لأنه معصية والمعصية منهى عنها لأن المقصود من الوصية التقرب الى الله وصلة خير دنياه بخير آخرته ، ووصية المسلم للبيعة والكنيسة ليس فيها هذه الصلة كما تنبغى فيها جهة القربى ، وينعدم فيها التعاون المأمور به

وتعد من قبيل التعاون المنهى عنه قال تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » (١) .

وقال صاحب الروض المربع (٢) : ولا تصح الوصية لكنيسة — معبد النصارى — ولا لبيت نار — وهو معبد المجوس — ولا لبيعة، ولا صومعة ، ولا دير ، ولا أى مكان من أماكن الكفر ، ولا لحصرها ، وقناديلها ، وخدمها ، ولو من ذمى وهذا مذهب جمهور العلماء ، ولا لشىء من الانفاق عليها ، لأنه معصية فلم تصح الوصية به ، كعبده أو أمته للفجور ، أو بشراء خمر ، وخنزير يتصدق به على أهل الذمة مسلما كان الموصى أو كافرا ، لأنه لا يجوز فى الحياة ، فلا يجوز فى الممات .

وان كان عند الشافعى رأى على أن الموصى اذا أوصى لعمارة كنيسة وقصد انتفاع المسلمين المقيمين والمجاورين بضوئها ، فالوصية جائزة وخالف فى ذلك الأوزاعى وسواء أوصى بما ذكر مسلم أو كافر، بل قيل ان الوصية ببناء الكنيسة من المسلم ردة (٣) .

وان كان صاحب المنهاج أطلق منع الوصية بعمارة الكنيسة،ومحله فى كنيسة للتعبد كما قيد به كلامه ، أما كنيسة تنزلها المارة أو موقوفة على قوم يسكنون بها أو تحمل أجرتها النصارى فيجوز نص عليه فى كتاب الجزية وان كان الماوردى قد حكى وجها : أنه ان خص نزولها بأهل الذمة حرم ، واختاره السبكى ، وهذا رجوعا الى قول المصنف لأنه عد قصرها على أهل الذمة ولو كانوا ماريين كتعبدهم بها ، ولو

---

(١) سورة المائدة الآية رقم : ٢ .
(٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع جـ ٦ ص ٦٢ .
(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٠ .

أوصى ببنائها لنزول المـارة والتعبد لم يصح فى أحد وجهين ، يظهر ترجيحه تغليبا للحرمة (٤) •

ولو أوصى الذمى بثلث ماله لبيعة أو لكنيسـة أن ينفق عليهـا فى اصلاحه وأوصى لبيت النار ، أو بأن يذبح لعيدهم أو لبيعة أو لبيت النـار فعلى قـولين :

الأول : يجوز وهو قول أبى حنيفة (٥) •

الثانى : لا يجوز : وهو قول جمهور العلماء (٦) ورأى الصاحبين من الحنفيـة (٧) •

وخلاصة القول فى وصايا أهل الذمة أنها لا تخلو :

ان كان الموصى به أمر : هو قربة هو عندنا وعندهم •

أو كان أمرا هو قربة عندنا لا عندهم •

وأما ان كان أمرا هو قرابة عندهم لا عندنا •

فان كان الموصى به شيئا هو قربة عندنا وعنـدهم بأن أوصى بثلث ماله أنيتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة، أو بعتق الرقاب أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك ، جاز فى قولهم جميعا لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة •

وان كان شيئا هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه أو أوصى أن يبنى مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجـوز فى

---

(٤) المرجع السابق جـ ٣ ص ٤١ •
(٥) بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٣٤١ •
(٦) المحـلى لابن حـزم جـ ٩ ص ٣٢٧ ، حاشـية الروض المـربع جـ ٦ ص ٦٢ المدونة الكبرى جـ ٦ ص ٥١ •
(٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤١ •

قولهم جميعا لأنه لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزءا فى وصيته والوصية يبطلها الهزل •

وان كان شيئا هو قربة عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار ، أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار، أو بالذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار فهو على الاختـلاف الذى ذكر أن عند جمهور العلماء وأصحاب أبى حنيفة لا يجوز وعنـد أبى حنيفـة يجـوز •

وجـه قـول الجمهـور :

أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصى لا تصـح •

وجـه قـول أبى حنيفـة :

ان المعتبر فى وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقيـة لأنهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قـربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبنـاء المسجد للمسلمين فدل على أن المعتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ، ولكن أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم فى عبـادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بنى الذمى فى حياته بيعـة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثا بين ورثته فى قولهم جميعا على اختلاف المذهبين ، أما على أصلهم فظاهر أنه معصية ، وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل دارا وقفا أو مات صارت ميراثا كذا هذا ، فان قيل لـا لا يجعل حكم البيعة بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين ؟

فالجواب : أن حال المسجد مخالف حال البيعة ، لأن المسجد صار خالصا لله تبارك وتعالى ، وانقطعت عنه منافع المسلمين ، وأما البيعة

باقية على منافعهم فانه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فأشبه الوقف فيما بين المسلمين ، والوقف بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ، ولو أوصى المسلم بغلة جاريته أن تكون فى نفقة المسجد ومؤنته فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شىء أنفق ذلك فى بنائه ، لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتها فتنفق فى بنائه وعمارته (٨) .

الشرط الثامن

القبول

وهذا الشرط اذا أردنا أن نتكلم عنه فلا بد أن نقسم الموصى له الى قسمين : هو اما أن يكون شخصية عامة أو شخصية اعتبارية ، أو يكون معينا ، أما بالنسبة للشخصية العامة فانه لا يشترط فيها القبول اجماعا ، كما لو أوصى للفقراء أو لمسجد أو لمدرسة أو مستشفى ، ويدخل فى ذلك الجهات العامة وتلزم الوصية بمجرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله .

أما اذا كان الموصى له معينا ولو كان أكثر من شخص واحد لا يملك الموصى له الوصية الا بالقبول فى قول الجمهور (٩) ، ولم يخالف فى عدم اشتراط القبول الا زفر من الحنفية (١٠) ، وان كان الحنفية يقولون بما هو أعم من القبول حيث قالوا : يكفى عدم الرد

---

(٨) انظر المراجع السابقة .

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١ البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٥ .

(١٠) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١ حيث قال الركن هو الايجاب من الموصى فقط .

من الموصى له وهو أن يقع اليأس من رده ، وعللوا ذلك بأنه أسهل لتخريج المسائل •

واستدل زفر على قوله :

أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لأن كل واحد من المالكين ينتقل بالموت ، ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذا ملك الموصى له •

واستدل الجمهور بما يأتى :

أولا : قول الله تعالى « وان ليس للانسان الا ما سعى » (١١) فظاهره أن لا يكون للانسان شىء بدون سعيه فلو ثبت الملك له من غير قبول لثبت من غير سعيه ، وهذا منفى الا ما خص بدليل •

ثانيا : لأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى الى الاضرار به من وجهين :

أ ــ أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة •

ب ــ أن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار فى الأصل فقال : أرأيت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه ، والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لأن اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول

---

(١١) سورة النجم الآية رقم : ٣٩

كسائر الأحكام التى تلزم بالزام الشرع ابتداء ، وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له أنه لا يعتق عليه ما لم يقبل أو يموت من غير قبول لأنه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد ما دام حيا فلا يعتق •

ثالثا : لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع •

انتقال الملك الى الموصى له :

لما كان الملك يرتبط بالقبول وقد ثبت أن قبول الموصى له لا يتحقق حال حياة الموصى ، فيكون حينئذ متقررا بعد موت الموصى ، ويكون القبول تاليا للموت مباشرة وهو ما يسمى بالقبول الفورى ، ويمكن أن يتأخر عن الموت وهو ما يسمى بالتراخى فى القبول ، الا أن الملك يرتبط بالقبول ارتباط السبب بالمسبب ، وعلى هذا فيرى جمهور العلماء من المالكية والحنابلة ، وأصحاب الرأى ، ورواية عن الشافعى أن الملك لا يثبت للموصى له الا بعد الموت (١٢) •

وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجها آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت الموصى وهو ظاهر مذهب الشافعى لأن ماوجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الايجاب كالهبة والبيع » ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ، لأن الله تعالى قال « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولأن الارث بعد الوصية ولا يبقى للميت لأنه صار جمادا لا يملك شيئا •

---

(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٥ ، البحر الزخار جـ ٦ ص٣٠٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ •

وللشافعى قول ثالث غير مشهور : ان الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول •

واستدل الجمهور :

أنه تمليك عين لمعين يفتقر الى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءا من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل ، فانه قيل فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتى بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا : ليس هذا شرطا فى وقوع الطلاق ، وانما تبين به الوقت الذى يقع فيه الطلاق، ولو قال : اذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح •

وأما انتقاله من جهة الموجب فى سائر العقود فانه ينتقل الا بعد القبول فهو كمسألتنا غير أن ما بين الايجاب والقبول ثم يسير لايظهر له أثر بخلاف مسألتنا : قولهم : ان الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فان الملك ينتقل الى الوارث بحكم الأصل الا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » قلنا : المراد به وصية مقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث ، وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله « فلكم الربع من بعد وصية » أى لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ، ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك فى التركة وهو آكد من الوصية ، وان سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فانه يبقى ملكا للميت ، كما اذا كان عليه دين ، وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع فانه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ، ويجوز أن يتجدد له ملك فى ديونه اذا قبل وفيما اذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث

تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز ان كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقـاله الى الوصى قبل تمام السبب فان رد الموصى له أو قبل انتقل حينئذ ، فان قلنا بالأول وانه ينتقل الى الوارث فانه يثبت له الملك على وجـه يفيد اباحة التصرف كثبوته فى العين المرهونة فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شىء من تصرفاته ، ولو كان الوارث ابنا للموصى له مثل أن تملك امرأة زوجها الذى لها منـه ابن فتوصى به لأجنبى فاذا ماتت انتقل الملك فيه الى ابنه الى حين القبول ولا يعتـق عليـه (١٣) .

فان كان الموصى له جهة عامة قد قلنا أنه لا يشترط منه القبـول سابقا ونقول : انه لا ينتقل اليه ملك الموصى به ، لأنه لا يتصور منـه الملك ويدل لمـا نقول : أنه لو أوصى للكعبة أو لمسجد وأراد التمليـك لم تصح اذ لا تمليك ، فان أراد صرفها فى مصالحها صح ، فان مات قبل التبيين لنيته قبل قول ورثته فى نيته ، قلت : الأقرب أنه لم يرد التمليك وان الوصية تنفذ ولا يسأل عن نيته أن لا يقبل قـوله نويت التمليك كسائر المصالح (١٤) .

حـكم رد الوصية :

وان رد الموصى له الوصـية بعد موت الموصى ، لا يخلو ذلك من أربعـــة أحـــوال :

الأولى : أن يردها قبل موت الموصى فلا يصح الرد هنـا لأن الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل ايجاب البيـع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية .

---

(١٣) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٦ .

(١٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ج ٦ ص ٣١٢ .

الثانية : أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لأنه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

الثالثة : أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه الا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر الى شروط الهبة .

الرابعة : أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فيه فان كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فاشبه رده قبل القبول ، وان كان غير ذلك لم يصح الرد ، لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولاصحاب الشافعى فى هذا الحال وجهان :

أحدهما : يصح الرد فى الجميع ولا فرق قبين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعى لانهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولأن ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول .

الثانى : لا يصح الرد لان الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

وكل موضع صح الرد فيه فان الوصية تبطل بالرد وترجع الى التركة فتكون للورثة جميعهم ، لان الاصل ثبوت الحكم لهم وانما خرج بالوصية فاذا بطلت الوصية رجع الى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد ولو عين بالرد واحدا وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك، وكان لجميعهم لان رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ، ولانه لم يملك دفعه الى أجنبى فلم يملك دفعه الى وارث يخصه به ، وكل موضع امتنع الرد فيه لاستقرار ملكه عليه فله أن يختص به واحدا من الورثة لانه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه الى أجنبى فملك دفعه الى

وارث ، فلو قال : رددت هذه الوصية لفلان قيل له : ما أردت بقولك لفلان ؟ فان أردت تمليكه اياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وان قال أردت ردها الى جميعهم ليرضى فلان عادت الى جميعهم اذا قبلوها فان قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها .

ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى .

حكم ما لو مات قبل أن يقبل أو يرد :

ذكر فى هذه المسئلة قولان :

الأول : اذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه مقامه فى ذلك ، اذا كان موته بعد موت الموصى ، وهو قول للحنابلة ، وقال به الخرقى ، وقال القاضى هو قياس المذهب ، (١٥) وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، (١٦) وقول للشافعى ، وقول الهادى من الشيعة . (١٧)

الثانى : أنها تبطل بموت الموصى له ، اذا كان موته بعد موت الموصى ، ومن ثم فلا تنتقل لورثته وليس لهم القبول أو الرد ، وبهذا قال عبد الله بن حامد من الحنابلة (١٨) ، وقول للشافعى ، والناصر والمؤيد بالله والامام يحيى من الشيعة ، (١٩) ، ووجه القياس عند الحنفية . (٢٠)

---

(١٥) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٤ .
(١٦) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٢ .
(١٧) البحر الزخار ج ٦ ص ٣٠٥ .
(١٨) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٢٤ .
(١٩) البحر الزخار ج ٦ ص ٣٠٥ .
(٢٠) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٢ .

أدلــة القــول الأول :

الاول : أنه حق ثبت للمورث فثبت للوارث بعد موته لقوله عليه السلام « من ترك حقه فلورثته » قياسا على الرد بالعيب .

الثانى : لانها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع اذا شرط فيه الخيار لاحدهما ، ولانه عقد لا يبطل بموت الموجب فلا يبطل بموت الآخر كالذى ذكرنا ، ويفــارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد .

الثالث : أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتــم الركن ، وأما على عبارة القبول فنقول : ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينـــه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له .

أدلــة القــول الثــانى :

الأول : أنه عقد يفتقر الى القبول ، فاذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبـــة .

أنه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشـــفعة .

الثانى : أن القبول أحد ركنى العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشترى قبل القبول ، أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول ، أنه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا .

والراجح لدينا هو القول الأول وذلك لعدة أسباب :

الأول : أننا جعلنا ايجاب الموصى ينتج أثره ولا يمكن انتاج أثره الا بانتقال ما للموصى له لورثته •

الثانى : أن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت وقـــد مات الموصى قبل موت الموصى له ، فيتصور نقل الملك بعد موت الموصى مادام لم يصدر من الموصى له قبول أو رد ، ولا يمكن أن نقول بانتقاله الى الورثة الا اذا كان لهم حق القبول والرد •

الثالث : لان الوصية قد لزمت من جهة الموصى ، وانما الخيـــار للموصى له واذا مات بطل خياره ، ودخل فى ملكه كما لو اشترى شـيئا على أن الخيار له فمات قبل انقضائه •

الرابع : ان الاحناف لا يشترطون قبول الموصى له بل يكفى عدم الرد ، ولما مات الموصى له انقطع الرد منه ، فكان من اللائق أن ينتقل الى ورثته لان الرد حق ثابت للموصى له ، فانتقل الى ورثته كغـــيره من التركـــة •

اذا ثبت هذا فان الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول والرد لان كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه، فعلى هذا ان رد الوارث الوصية بطلت ، وان قبلها صحت وثبت الملك بها ، وان كان الوارث جماعة أعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فان رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية فى حــق من رد ، فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه فى القبول والرد ، وليس له أن يفعل الا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فان فعل غيره لم يصح،فاذا كان الحظ فى قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها

بعد ذلك ، وان كان الحظ فى ردها فقبلها لم يصح قبـــوله لان الولى لا يملك التصرف فى حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه ، فلـــو أوصى لصبى بذى رحم له يعتق بملكه له وكان على الصـــبى ضرر فى ذلك بأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيرا لا كسب له والمولى عليه موسر لم يكن له قبول الوصية ، وان لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به اذا كسب أو كون المولى عليه فقيرا لا تلزمه نفقته تعين قبول الوصية ، لان فى ذلك نفعا للمولى عليه لعتق قرابته وتحريره من غير ضرر يعود عليـــه فتعـــين ذلـــك .

الباب الرابع

الركن الثالث : الموصى بـه

الفصل الأول : الوصية برقاب الاموال :
الفصل الثانى : الوصية بالمنافع :
الفصل الثالث : الوصية بالاعمال :
الفصل الرابع : الوصى المختار :
الفصل الخامس : الوصية بالاقوال .

تعريف الموصى به :

هو ما أخرجه الموصى من ذمته حال حياته ، أو اسـناد تصرفه لغيره بعد موته ، أو ما التزم الموصى باخراجه حال حياته من ذمته لغيره بعد موته أو اسناد تصرف لغيره .

وبمقتضى هذا التعريف نجد أن ما يخرجه الموصى من ذمته أعم من أن يكون مالا أو منفعة ، أو غيرهما ، كما أنه يشتمل على أن اسـناد التصرف لغيره للاشراف على القاصر ومن فى حكمه يعتبر من قبيل الموصى به ، وأيضا يمكن أن يعتبر الموصى به قولا ، كما جاز أن يكون عملا ، كما يؤخذ من هذا التعريف أن الوصية لابد أن تصدر من الموصى حال حياته لان اصدارها ايجاب ، والايجاب فى عقد الوصية خصوصا ربما يكون هو المعول عليه ، لانه كما تقدم أن القبول من الموصى له أن يقبل أو يرد ، ويسقط القبول من اليأس من الرد ، لكل هذا كان الايجـاب الصادر من الموصى لابد وأن يكون حال حياته ، ولما كان تمليك الموصى به مضافا الى ما بعد الموت أيضا كانت ذمة الموصى مشـغولة بما الزم نفسه ، وان كان ورثته ينوبون عنه فى تنفيذ ما أوصى به .

تقسـيم المـوصى بـه :

وهذا التقسيم باعتبار الامر الصـادر من الموصى ، لان الموصى هو مصدر الوصية ، والامر الصادر منه يعتبر هو الاساس فى تنفيـذ الوصية والموصى به يؤخذ عادة من نص الموصى عليه ، ومن ثم قـد يوصى بقدر من المال أو بجزء من المنافع ، وقد يسند بعض التصرفات الى بعض الأشخاص للقيام بها وقد تكون وصيته محصورة فى أقوال صادرة عن تجربة مرت به لينتفع بها غيره ولذلك نسـتطيع أن نقـول إن الموصى به ينقسم الى أربعة أقسام :

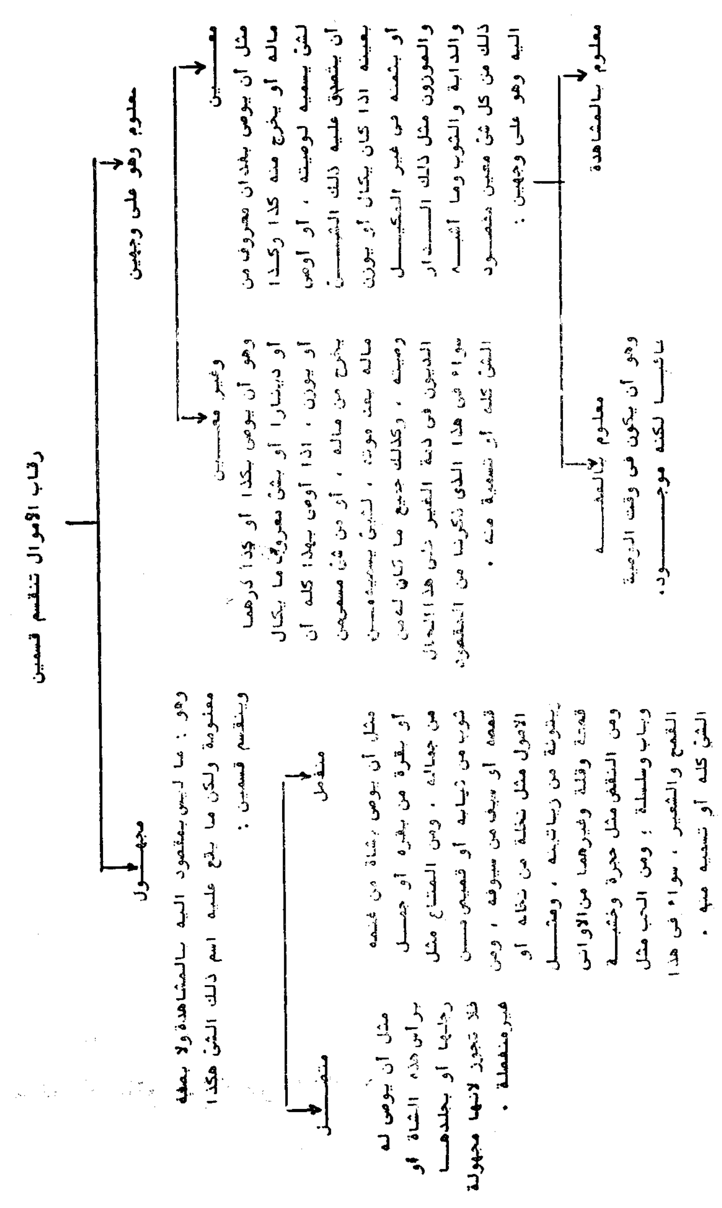
الاول : رقاب الاموال ٠ الثانى : المنافع ٠

الثالث : الأعمال ٠ الرابع : الأقـوال ٠

الفصل الأول

الوصية برقاب الأموال

تقسيم رقاب الاموال :



الشروط التى ينبغى توافرها فى الموصى به اذا كان مالا :

الأول : أن يكون مالا أو متعلقا بالمال ، لأن الوصاية ايجاب ملك أو ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ، ومحل الملك هو المال ، ولأن المال هو ما يتمول به ويمكن استخدامه فى أغراض متعددة ومتنوعة ، ومن ثم فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا لاحد لأنهما ليسا بمال فى حق أحد ، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال ، وهذه الاشياء تعلق بها التحريم لذاتها تمليكا وتملكا لقوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » الآية (١) •

وقال الامام يحيى من الشيعة والشافعية تصح الوصية بالميتة(٢)، اذ ينتفع بها باطعامها كلاب الصيد وطيره قياسا على جواز الوصية بالزبل النجس والعذرة والبول لانه ينتفع به فى الزرع •

أقول : وهذا القول فيه نظر : لأنه نظر الى الأثر الى المبدأ أو الاساس لان الميتة يحرم تمليكها وتملكها •

الثانى : أن يكون المال متقوما ، فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة فى حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمى لانها مال متقوم فى حقهم كالخل ، وعند أصحاب الرأى (٣) وان كان المالكية أجازوا وصية الكافر للكافر مطلقا (٤) ، أى بكل شىء حتى بالخمر والخنزير ، وهذا أمر لا اعتراض عليه لأن كلا من الموصى والموصى له يجوز تمليكه وتملكه للخمر ، وان كان

---

(١) سورة المائدة الآية رقم : ٣ •

(٢) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٣ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥ •

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٢ •

(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٥ •

صاحب مواهب الجليل (٥) نص : ان وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر الا بكخمر أو خنزير ، لانه أوصى بها لمن يصح ملكه لها ، وبالنظر فى النص نجد أن وصية الكافر للمسلم باستثناء الخمر صحيحة ولا غبار عليها ، وأما وصية المسلم للكافر وحملها على الاطلاق ويدخل فى ذلك الخمر أمر غير مسلم لان المسلم أساسا يحظر عليه أن يتملك الخمر فكيف يقوم بتمليكها لغيره ، وفاقد الشيء لا يعطيه .

وان كان قد نقل عن مالك فى المدونة : أن الوصية من المسلم الى الذمى لا تجوز أصلا حيث قال : المسخوط لا تجوز الوصية اليه ، فالذمى أحرى أن لا تجوز الوصية اليه ، وقال فى النصرانى أنه غير عدل فلا تجوز الوصية له ، واذا أوصى ذمى الى مسلم قال : ان لم يكن فى تركته الخمر والخنازير أو خاف أن يلزم بالجزية فلا بأس .

ونرى أن الوصية بالخمر تعتبر وصية بمعصية حتى وان كان يباح تملكها لغير المسلم الا أن وجود الذمى وغيره فى المجتمع المسلم يجعل أمر تملك الخمر وتمليكه يدخل فى جملة المحظورات ، لان الواجب من وجهة نظرنا تنفيذ حكم الاسلام، والاسلام يمنع تمليكها وتملكها(٦).

الوصية بالكلب :

وان أوصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية لان فيه نفعا مباحا وتقر اليد عليه ، والوصية تبرع فتصح فى المال وفى غير المال من الحقوق، ولانه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال .

وان كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال كلبا من كلابى ، أو قال من مالى لانه لا يصح ابتياع الكلب لانه لا قيمة

---

(٥) وهو صريح كلام صاحب المختصر وكلام ابن الحاجب مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٥ .

(٦) المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس جـ ٦ ص ٦٨ .

له بخلاف الشاة ، فان كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه ، وان كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب ، وان قال المال لان قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له ، وقيل : للموصى له به الثلث وان كثر المال لان موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس فى التركة شىء من جنس الموصى به ، وان وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجها واحدا لان ما حصل للورثة من ثلثى المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم فى حق الكلاب ، ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع اليه ثلث المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لانها لبست بمال ، واذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لانها لا قيمة لها فان تشاحوا فى بعضها فينبغى أن يقرع بينهم فيه ، وان أوصى له بكلب وللموصى كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الاخرى ، وان كان له كلب يباح وكلب للهراش فله الكلب المباح ، ومذهب الشافعى فى هذا كله على نحو ما ذكرنا الا أنه يجعل للموصى له بكلب ما أحب الورثة دفعه اليه ، ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة ، وفى الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك . (٧)

الثالث : وجود الموصى به عند موت الموصى :

يشترط أن يكون المال الموصى به اذا كان عينا يشار اليها أو قدرا من المال لابد وأن يكون موجودا عند موته ، لانه هو الذى يملك عند الموت ، وعدم وجوده عند موته يؤدى الى بطلان الوصية ، فان

---

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٤ ، مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥ .

أوصى بمال وهلك قبل موته أو بعين وهلكت قبل الموت بطلت الوصية •

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به اذا تلف قبل موت الموصى أو بعده فلا شيء للموصى له كذلك ، حكاه ابن المنذر فقال: أجمع من أحفظ عنهم من أهل العلم على أن الرجل اذا أوصى له بشيء فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له فى سائر مال الميت ، وذلك لان الموصى له انما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلق بمعين وقد ذهب ، فذهب حقه كما لو تلف فى يده والتركة فى يد الورثة غير مضمونة عليهم لانها حصلت فى أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئا ، وان تلف المال كله سواه فهو للموصى له ، لان حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ذلك يملك أخذه بغير رضاهم واذنهم فكان حق فيه دون سائر المال وحقوقهم فى سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر فى حقه كما لو كان التلف بعد أخذه الموصى له وقبضه وكالورثة اذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحدهم قال الامام أحمد : فيمن خلف مائتى دينار وعبدا قيمتـه مائة ووصى لرجـل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به •

وان وصى له بمعين فاستحق بعضه أو هلك فله ما بقى منـه ، ان حمله الثلث وان وصى له بثلث عبد أو ثلث دار فاستحق الثلثان منـه فالثلث الباقى للموصى له وهو قول الشافعى ، واصحاب الرأى ، لان الباقى كله موصى به ، وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئا معينا ، وان وصى له ثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقا فليس له الا ثلث الباقى وبه قال الشافعى واصحاب الرأى لانه لم يوص له من الباقى بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته فى استحقاقه •(٨)

---

(٨) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥٤ •

الوصية بالمعين الحاضر :

وان وصى بمعين حاضر وسائر ماله دين أو غائب فليس للوصى أخذ المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء الدين ، لانه ربما تلف فلا تنفذ الوصية فى المعين كله وهذا رأى الحنابلة وظاهر كلام الخرقى أن للوصى ثلث المعين ذكره فى المدبر وقيل لا يدفع اليه شىء ، لان الورثة شركاؤه فى التركة فلا يحصل له شىء ما لم يحصل للورثة مثله ، ولم يحصل لهم شىء ، وهذا وجه لاصحاب الشافعى ، والصحيح أن له الثلث لان حقه فيه مستقر فوجب تسليمه اليه لعدم الفائدة فى وقفه كما لو لم يخلف غير المعين ، ولانه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعين الى الوصى وليس تلف المال سببا لاستحقاق الوصية وتسليمها ، ولا يمنع نفوذ الوصية فى الثلث المستقر وان لم ينتفع الورثة بشىء ، كما لو أبرا معسرا من دين عليه ، وقال معلل : يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها ، وبين جعل وصيته بثلث المال لان الموصى كان له أن يوصى بثلث ماله فعدل الى المعين وليس له ذلك لانه يؤدى الى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقى قبل وصوله الى الورثة فيقال للورثة أن رضيتم بذلك والا فعودوا الى ما كان له أن يوصى به وهو الثلث .

وجه الرأى الاول : — رأى الحنابلة — أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لاجنبى فوقع لازما كما لو وصى بمشاع وما قاله لا يصح لان جعل حقه فى قدر الثلث اشاعة وابطال لما عينه فلا يجوز اسقاط ماعينه الموصى للموصى له ، ونقل حقه الى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله الى معين ، وكما لو كان المال كله حاضرا أو غائبا ثبت هذا ، فان للموصى له ثلث المعين الحاضر ، وكلما اقتضى من دينه شىء أو حضر من الغائب شىء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى

به ، كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث ، أو يأخذ المعين كله ، فلو خلف تسعة عينا وعشرين دينا ، وابنا ، ووصى بالتسعة لرجل فللوصى ثلثها ثلاثة ، وكلما اقتضى من الدين شيء فللوصى ثلثه فاذا اقتضى ثلثه فلــه من التسعة واحد حتى يقضى ثمانية عشر فيكمل له التسعة ، وان جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أحد الورثة ، أخــذ الورثة الستة الباقين من العين ، ولو كان الدين تســعة فان الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصى ثلثها ويبقى ثلثها موقوفا ، كما استوفى من الدين شيء فللوصى من العين بقدر ثلثه ، فاذا استوفى الدين كله كمل للموصى له ستة وهى ثلث الجميع وان كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصى ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقى سدسها موقوفا فمتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية (٩) •

---

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٥٦ •

الفصل الثانى

الوصـــية بالمنافع

والمنافع : هى ما تتولد من الأعيان ، والوصية بالمنافع تعتبر وصية بالأعيان ، لانه لا يمكن الانتفاع بالعين الا اذا كانت العين داخلة تحت سيطرة الموصى له ، وان لم يملكها ، ويمكن تمثيل المنافع بسكنى الدار أو بعضها مدة معينة طويلة أو قصيرة ، وكذلك بخدمة العبـــد مـــدة مسماة أو معينة ، وبثمر الشجر ، وغلة الارض لفـــترة من الزمن ، والاستفادة من البان واصواف الاغنام لمدة معينة ، وهذه الاشـــياء المذكورة أوردناها على سبيل المثال لا الحصر .

حكم الوصـــية بالمنافع :

اختلف العلماء فى حكم الوصية بالمنافع بين مجيز ومانع ، وسبب الاختلاف أن من أجاز الوصية بالمنافع ذهب الى جعل المنافع فى معنى الاموال ومن لم يجوزها فلأنها معدومة .

انقسم العلماء فى حكم الوصية بالمنافع الى رأيين :

الرأى الأول : أنها تجوز الوصية بالمنـــافع وقد قال بهـــذا الشافعية (١) والمالكية (٢) والحنابلة ، (٣) والشـــيعة على اختـــلاف فرقهم ، (٤) وأصحاب الرأى (٥) — وان كان لهم فى الوصية بالثمـــر

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٥ .

(٢) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ٦٢ — ٦٧ ، مواهب الجليل جـ ٦/٣٨٤

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٩ ، منار السبيل جـ ٦ ص ٤٣ ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع جـ ٦ ص ٦٥ .

(٤) الايضاح جـ ٨ ص ١٦٥ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٣ .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٢ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٢

الذى يعد من قبيل المنافع قياسا واستحسان ، فاجازوها اســتحسانا، ومنعوها قياسا ــ ووافق على ذلك سوار بن عبد الله ، وعبيد الله بن الحسن العنبريان وابن راهويه •

الرأى الثانى : أن الوصية بالمنافع لا تجوز ، هو قــول ابن أبى ليلى وأهل الظــاهر • (٦)

الأدلـــــة

أدلة القول الاول القائلين بجواز الوصية بالمنافع :

الأول : لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل وبغـــير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ، ويكون محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث فان خلافه فيما يتملكه المورث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض يفنى ، وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها للحاجة وهى تشمل الكل اذ الموصى محتاج الى التقرب الى الله عز وجل ، بما يقدر عليه ، وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته بأى شىء كان •

الثانى : أنه لما ملك تملك حال حياته بعقد الاجارة والاعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى ، لأنه أوسع العقود ألا ترى أنها تحتمـــل ما لا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والحظر والجهالة ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود فلأن يجوز بهذا العقد أولى •

---

(٦) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣٢٢ •

أدلة القول الثانى القائلين بعدم جواز الوصية بالمنافع :

الاول : لا تصح الوصية بالمنفعة لان المنفعة معدومة ، والوصية بالمعدوم لا تصح .

الثانى : ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث ، لان نفاذ الوصية عند الموت ، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة ، لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة ، فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم ، فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ، ولان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك ، والعارية تبطل بموت المعير ، فالموت لما أثر فى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلأن يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع .

الثالث : قال الله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فلم يجعل عز وجل للورثة الا ما فضل عن الدين والوصية فصح بنص القرآن أن ما أوصى به الموصى فلم يقع قط عليه ملك الورثة لكن خرج بموت الموصى الى الوصية بنص القرآن ، وصح بنص القرآن أن ماملكه الورثة فهو خارج عن الوصية فثبت أنه لا وصية فيه للموصى أصلا ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فصح يقينا أن ما ملكه الورثة فقد سقط عنه ملك الميت واذ لا ملك له عليه فوصاياه فيه باطلة ومردودة ومفسوخة .

والراجح لدينا : الرأى الاول الذى يقول بجواز الوصية بالمنافع وذلك لعدة أسباب :

الأول : ان قولهم ان المنافع معدومة ، ولذلك تعتبر من قبيل الوصية بالمعدوم ، هذا أمر باطل ، لان المنافع ترتبط بشىء موجود ، والمرتبط بالموجود حقيقة يعتبر فى حكم الموجود ، كما أن المنافع لا يمكن أن

تتحقق الا بوجود الاعيان التى ترتبط بها •

الثانى : وقولهم : ان الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع ،وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن المنفعة تتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتمليك ، واذا لم يفرد الاول ممنوع والثانى مسلم وهنـــا أفرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة ، وهـــذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودا بالتمليك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعا للملك الذات بل يصير مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعـــير وان جعل ملك المنفعة مقصودا بالتمليك لكن فى الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشىء للانتفاع فى حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتفى العقد بالموت ، وأما الوصية فتمليك بعد الموت فكان قصده تمليكه المنفعـــة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت فهو الفرق ، ونظيره من وكل وكيلا فى حال حياته فمات الموكل ينعزل الوكيل ، ولو أضـــاف الوكالة الى ما بعد الموت جاز حتى يكون وصيا بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة لانها تمليك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقته ومطلقه عن الوقت وكذا الوصية غير أنها اذا كانت مطلقة فللموصى له أن ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله أن ينتفع به الى ذلك الوقت ، واذا جازت الوصـــية بالمنـــافع يعتبر فيها خروج العين التى أوصى بمنفعتها •

الثالث : أن الموصى عندما أوصى ، أوصى فى النطاق المقرر له وفى الحد الذى حده الله له ،وما دام قد أوصى بالمنافع فانها تجوز ولاتقع على ملك الوارث وانما تقع فى الجزء المباح للموصى أن يوصى فيـــه وان الله تعالى عندما قال « من بعد وصية يوصى بها أو دين » جاءت الوصية بلفظ منكر فأفاد صـــحة الوصـــية بالمنافع ، كما أفاد صـــحة الوصية بالاعيان ، ومن فرق بينهما فانه قد تحكم فى هذه التفـــرقة

وليس له دليل على صحة التفرقة ، كما أن الوصية بالمنافع محـــدودة بالثلث ، فكيف نبطل ما أباح الله صحة الوصية فيه ، اللهم الا اذا كان هذا مجرد ادعاء لم يقم على صحته دليل .

الرابع : ان الهدف من الوصية ايصال خير دنياه بخير عقبــــاه وقد لا يمكنه أن يوصى بعين مع امكانه أن يوصى بالمنافع وفى كل وجود الصلة لخير دنياه بخـــير عقبـــاه .

الخامس : ان الادلة التى استند اليها المانعون من جواز الوصية بالمنافع قد رد عليها فيعتبر وجودها كلا وجود .

السادس : ان الموصى يجوز له أن يقف العين حال حياته للانتفاع بها مدة حياته أو مدة معينة أو مطلقة ، ثم يعود بعد ذلك الى ملكه أو ملك ورثته ، فكذلك يجوز له أن يوصى بمنافع دار أو أرض أو غير ذلك بعـــــد موته .

وبناء على ذلك فانه يجوز له أن يوصى بثمر بستانه وهــذا رأى الجمهور ووافقهم الأحناف بطريق الاستحسان ، أما القياس فانه يمنع الوصية بالثمر حيث قالوا ما نصه :

أما الوصية بالثمر فليس بشرط استحسانا ــ فى الموصى به ــ والقياس أن يكون شرطا ، ولا يشترط ذلك فى الوصية بغلــــة الدار والعبد ، والحاصل أن جنس هذه الوصايا على أقسام ، بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذى يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى فى وصيته الأبد أو لم يذكر وهو الوصية بالغلة وســكنى الدار وخدمة العبد ، وبعضها يقع على الموجود قبل الموت ، ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الابد أو لم يذكر وهى الوصية بما فى البطن والضرع وبما على الظهر ، فان كان فى بطنها ولد وفى ضرعها لبن وعلى ظهــرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والا فلا وفى بعضها ان ذكر

لفظ الابد يقع على الموجود والحادث ، وان لم يذكر فان كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث ، وان لم يكن موجودا فالقياس أن تبطل الوصية كما فى الصوف والولد واللبن ، وفى الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كما لو ذكر الابد وهـــذه الوصية بثمرة البستان والشجر انما كان كذلك لان الوصية انمـــا تجوز فيما يجـــرى فيه الارث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود ، فى حال الحياة والحادث من الولد واخواته لا يجرى فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له نظيرا فى العقود وهو عقد المعاملة والاجارة والاعارة فكان لهما نظـــيرا فى العقـــــود ٠

أما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته ان ذكر الابد لأن اســـم الثمرة يقع على الموجود والحادث ، والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود ، وهو عقد المعاملة والوقف ، فاذا ذكر الابد يتنـــاوله وان لم يذكر الابد فان كان وقت موت الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتنـــاول ما يحدث وتبطل الوصية ، وفى الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية٠

وجه القياس : أن الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن ، والوصية بشىء من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة ٠

وجه الاستحسان : ان الاسم يحتمل الحادث وفى حمل الوصـــية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لأن له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد ما لا يحتمله فلم يكن ممكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد لا يتناول الحادث وههنا بخـــلافه ٠

ولو أوصى الرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم أوصى بستان ثم اشترى بسنانا ثم مات فالوصية جائزة لأن الوصية بالمـال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى أنه لو أوصى له بعين البستان وليس فى ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ، ولو قال لفلان بغلة بستانى ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمة أن الوصية جائزة وذكر فى الأصل أنها غير جائزة .

وجه رواية الأصل : أن قوله بستانى يقتضى وجود البســتان للحال فاذا لم يوجد لم يصح .

والصحيح ما ذكره الكرخى لأن الوصـية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية (٧) .

واذا أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر ، لم يملك واحد من الموصى له والوارث اجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سـقى ملكه ولا سقى ملك غيره ، وان أراد أحدهما سـقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه واذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث، وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شىء للموصى له ، وان قال لك ثمرتها أول عام تثمر صـح له ثمرتها أول عام تثمر ، وكذلك اذا أوصى له بما حمل جاريته أو شاته ، وان وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث وله ماله ، وان وصى له بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وان وصى بلبنها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين (٨) .

---

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٤ .
(٨) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٠ .

على من تجب نفقة المنفعة

أما نفقة العبد الموصى بخدمته وسـائر الحيوانات الموصى بنفعها فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة هذا الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لأحمد وهو قول أبى ثور وظاهر مذهب الشـافعى ، لأن النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكما لو لم يكن منفعة» وقال الشريف ولأن الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على انسان دليل على وجوب المتبوع عليه ويحتمل أن يجب المنفعة هو قول أصحاب الرأى والاصـطخرى وهو قول للحنابلة وهو الأصـح ان شاء الله لأنه يملك نفعه على التأبيد فكانت النفقة عليه كالزوج ولأن نفعه له فكان عليه ضره كالملك لهما جميعا يحققه أن ايجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصـير معنى الوصـية أوصيت لك بنفع عبدى وأبقيت على ورثتى ضره ، وان وصى بنفعه لانسـان ولآخر برقبته كان معناه أوصيت بهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفى هذا بقوله « لا ضرر ولا ضرار » ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له نفعه» وفارق المستأجر فان نفعه فى الحقيقة للمؤجر لأنه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه وقيل تجب نفقته فى كسبه وهذا راجع الى ايجابها على صـاحب المنفعـة لأن كسـبه من منـافعه فاذا صرف فى نفقتـه فقـد صرف المنفعة الموصى بها الى النفقة فصار كما لو صرف اليه شىء من ماله سواه

واذا أوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بنبتة صح والنفقة بينهما لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فان امتنع أحدهما من الانفاق فهمـا بمنزلة الشريكين فى أصل الزرع اذا امتنع أحدهما من سقيه والانفاق عليه فيخرج من ذلك وجهين :

أحدهما : يجبر على الانفاق عليه وهذا قول أبى بكر من الحنابلة لأن فى ترك الانفـاق ضررا عليهما واضـاعة المـال وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ونهى عن اضاعة المـال .

والوجه الآخر : لا يجبر لأنه لا يجبر على الانفاق على مال نفسه ولامال غيره اذا كان كل واحد منهما منفردا فكذلك اذا اجتمعا .

وأصل الوجهين : اذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر الى مباناته فامتنع ، وينبغى أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل منهما كما لو كانا مشتركين فى أصل الزرع (٩) .

مقـــدار الموصى به

ان الموصى به وان كان يحقق للموصى خيرا ويكثر له أجرا ، ويكون له زخرا ويصير امتدادا لعمله زيادة فى أمله ، ويصل خير دياه بخير عقباه الا أنه لم يترك تقديره للموصى ، حتى لا يتخذ ذلك ذريعـــة للاضرار بورثته ومحاولة اضعاف انصبائهم ، وربما دفعه الى ذلك عداوة استهوته أو حقدا تأثر به ، أو عاطفة جرته الى هذا الحيف ، ولكن مع أن الله أباح له أن يوصى ، الا أن الله حدد له مقدار الموصى به ، وهذا التحديد لا يمكن تجاوزه بحال ولم يكن لمجتهد فيه مقال ، ولكن الكبير المتعال حدده على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم ومنع تجاوز هذا القدر المحدد بل حبب الانقاص عن هـــذا القدر ، كما سيجىء بيان ذلك ، ولمـــا كان تحديد مقدار الموصى به هو الأول من نوعه بل كل ما يتركه الميت محدد ومقسم حتى بين الورثة أنفسهم وكل له نصيب لا يتعداه ، ولا يتجاوزه من حيث مبتدأه أو منتهاه ، ويدل لمـــا نقول آية المواريث ، وكأن كل ما يخلفـــه الميت ويتركه وراءه تولى الله تقسيمه ولم يترك لأحد التدخل فيه سواء من حيث الوصية أو من حيث الميراث .

واتفق العلماء على أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له ورثة ودليل هذا الاتفاق :

---

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٣ .

ما رواه قتيبة بن سعيد حدثنا سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عبـاس رضى الله عنهمـا قال : لو غض الناس الى الربع ، لأن رسول لله صلى الله عليه وسلم قال : « الثلث ، والثلث كثير » (١٠) .

وبما روى عن محمد بن عبد الرحيم حدثنا زكريا بن عدى حدثنا مروان عن هاشم بن هاشم عن عامر بن سعد عن أبيه رضى الله عنه قال: مرضت فعادنى النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ادع الله أن لا يردنى على عقبى ، قال : لعل الله يرفعك وينفع بك ناسا ، قلت أريد أن أوصى وانما لى ابنة : فقلت أوصى بالنصف ؟ قال النصف كثير، قلت فالثلث ؟ قال الثلث والثلث كثـير — أو كبير — قال فأوصى الناس بالثلث (١١) .

وذكر فى رواية عن سعد قال دعنى أقسم مالى حيث شئت فأبى قلت فالنصف فأبى قلت : فالثلث قال فسكت بعد الثلث قال فكان بعد الثلث جائزا (١٢) .

والمراد أنه كثير بالنسـبة الى ما دونه ، وفيه دليل على جواز الوصـية بالثلث وعلى أن الأولى أن ينقص عنه ولا يزيد عليـه ، قال الحافظ : هو ما يتدره الفهم ويحتمل أن يكون معنـاه كثير غير قليل ، قال الشافعى : وهذا أولى معانيه ،يعنى أن الكثرة أمر نسبى ، وعلى الأول عول ابن عباس (١٣) كما أن الحديث وجد فيه حوار قد دار بين الموصى وهو سعد والنبى صلى الله عليه وسلم فى قدر الموصى به حيث ابتدأ سعد بداية تدم على أن هذا المـال ينبغى أن يتصرف فيه لغير ابنته

---

(١٠) فتح البـارى جـ ٥ ص ٣٦٩ ، نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٣ ، جـ ٤ ص ١٦٣ .

(١١) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٦٩ ، صـحيح مسـلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٦٣ .

(١٢) صحيح مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٦٣ .

(١٣) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٤ .

حيث قال : ان لى مالا كثيرا ، ولا ترثنى الا ابنة لى أفاوصى بجميع مالى ، ولم يوافق على ذلك النبى صلى الله عليه وسلمثم قال له فالشطر قال لا ، ثم قال الثلث ، فوافقه النبى صلى الله عليه وسلم على الثلث ، وقال والثلث كثير ، أو كبير .

فدل هذا الحوار على أنه لا يجوز للموصى أن يتجاوز الثلث فى وصيته اذا كان له ورثة .

والأفضل أن يكون الموصى به أقل من الثلث ــ دون الثلث ــ ويترك المال لورثته ، لأن غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيرا ولا تحصل عند قلته .

والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع ، والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث ، لما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال : لأن أوصى بالخمس أحب الى من أن أوصى بالربع ، ولأن أوصى بالربع أحب الى من أن أوصى بالثلث ، ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئا أى لم يترك من حقه شيئا لورثته ، لأن الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيئا لهم .

وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا : الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف (١٤)

وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه أوصى بالخمس وقال : رضيت بما رضى الله به لنفسه يعنى قوله (واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه) (١٥) وروى أن أبا بكر وعليا رضى الله عنهما أوصيا بالخمس ، وقال الشعبى : كان الخمس أحب اليهم من الثلث فهو منتهى الجامع ، وعن العلاء بن زياد قال : أوصى أبى أن اسأل العلماء أى الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته ؟ فتتابعوا على الخمس .

---

(١٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١ .

(١٥) سورة الأنفال الآية رقم : ٤١ .

الوصـــية بأكثر من الثلث

لمـا كانت الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز ، لكن لو وقعت الوصية من الموصى بأكثر من الثلث هل تصح أم لا ؟

ننظر اما أن يكون له وارث أو لا وارث له •

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

الأول : أنها تجوز اذا كان له ورثة وتتوقف صـحة الزائد على الثلث على اجازة الورثة ، وان لم يكن له وارث صحت الوصـية دون احتياج الى أجازة أحد ، وقد قال بهذا الرأى الحسن البصرى وأبوحنيفة وأصحابه (١٦) ، وشريك القاضى ، واسـحاق بن رهويه ، وبعض فرق الشـيعة (١٧) •

الثانى : ليس له أن يوصى بأكثر من الثلث سـواء كان له وارث أو لم يكن •

وبهذا قال ابن شبرمة والأوزاعى والحسن بن حى بن أحمد (١٨) وأهل الظاهر (١٩) والاباضية من الشـيعة (٢٠) ، وعند الشـافعية المتقدمين والمتأخرين من الشافعية أجازوا الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ان أجازها الورثة (٢١) •

---

(١٦) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١ •
(١٧) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٠٩ •
(١٨) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤ •
(١٩) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٨ •
(٢٠) الايضاح جـ ٨ ص ١٦٧ •
(٢١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٧ •

وقال مالك (٢٢) ان كان له ورثة وأوصى بأكثر من الثلث جازت الوصية بشرط أن يستأذن الورثة ، فان أذنوا له فلهم الرجوع اذا مات، وان استأذنهم فى مرض موته فأذنوا له فلا رجوع لهم الا أن يكونوا فى عياله ونفقته فلهم الرجوع .

الأدلـــــة

أدلة القول الأول :

الاول : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لسـعد : الثلـث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون النـاس .

وجه الدلالة : أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل العلة فى أن لا يتجاوز الثلث فى الوصية أن يغنى الورثة فاذا لم تكن له ورثة فقـد ارتفعت العلة فله أن يوصى بما شاء ، وهو قول ابن مسعود ولم يعرف له من الصحابة مخالف .

الثانى : لما كان مال من لا وارث له انما يستحقه المسـلمون لانه مال لا يعرف له رب فاذا هو هكذا ولم يكن فيه حق لاحد فلصاحبه أن يضعه حيث شاء .

الثالث : كما للامام أن يضعه بعد موته حيث شاء فكذلك لصاحبه.

وهذه الادلة المتقدمة كلها تفيد أن الموصى له أن يوصى بأكثر من الثلث اذا لم يكن له وارث بقى أن نقـول : اذا كان له وارث وأوصى بما زاد على الثلث فان وصيته فى حدود الثلث نافذة ، وأما ما زاد على الثلث فانه يتوقف على اجازة الورثة ، لأنهم خلفـه الخاص ، ويدخل الثلثان فى ملك الورثة فان أجاز الورثة يعتبر تنازلا عن حقهم المستحق لهم،

---

(٢٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٨٦ .

وكل صاحب حق له أن يتنازل عنه مادام تنازله صـــادرا عن طواعية واختيـــار ٠

كما أن الزائد عن الثلث بعد أجازة الورثة يعتبر قد خـرج عن ملكهم بطيب نفس منهم ، وايضا ان حد الوصية بالثلث مسـبب بترك الورثة أغنياء وان تنازلهم عن حقهم واجازتهم لما زاد عن الثلث يعتبر استغناءا عن الغنى المقرر بسبب الارث ٠

الرابع : الآثار :

ما روى عن طريق عبد الرازق عن ســفيان الثـورى عن أبى اسحاق السبيعى عن أبى ميسرة عمرو بن شرحبيـــل قال : قال لى عبد الله بن مسعود : انكم من أن أحرى حى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحما فلا يمنعه اذا كان ذلك أن يضع ماله فى الفقراء والمســـاكين ٠

ومن طريق سفيان بن عيينه عن اسماعيل بن أبى خالد عن الشعبى عن مسروق أنه قال : فيمن ليس له مولى عتاقة : أنه يضـع ماله حيث شاء ، فان لم يفعل فهو فى بيت المال ٠

ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن أيوب الســختيانى عن أبى سيرين عن عبيدة السلمانى قال : اذا مات وليس عليه أحد ولا عصبة يرثونه فانه يضع ماله حيث شاء ٠ (٢٣)

وقد رد المخالفون على أدلة المجيزين بما يأتى :

لا يحل أن ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه علل علة فاسدة منكرة حاش له من ذلك ، ونحن نجـــد من له عشرة من الورثة

---

(٢٣) انظر الآثار فى المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٧ ٠

فقراء ولم يترك الا درهما واحـــدا فان له باقرارهم أن يوصى بثلثه ولا يترك لهم ما يغنيهم من جوع غداء واحد ولا عشاء واحد ، ونحـــن نجد من لا يترك وارثا الا واحدا غنيا موسرا مكثرا ولا يخلف الا درهما واحدا فليس له عنـــدهم ولا عندنا أن يوصى الا بثلثه ، وليس له غنى فيما يدع له ولو كانت العلة ما ذكروا لكان ما ترك ابنا واحـــدا وترك ثلاثمائة الف دينار يكون له أن يوصى بالنصف لان له فيمـــا يبقى غنى الابد فلو كانت العلة غنى الورثة لروعى ما يغنيهم على حســـب كثرة المال وقلته وهذا باطل عند الجميع فصـــح أن الذى قالوه باطـــل وأن الشريعة فى ذلك أنما هو تحديد الثلث فما دونه فقط قل المال أو كثر كان فيه للورثة غنى أو لم يكن .

أما قولهم : انه قول ابن مسعود ولا يعرف له من الصحابة مخالف فلعلهم يقرعون بهذه العلة المالكيين والشافعيين الذين يحتجون عليهم بمثلها ويزودونها عليهم فى غير ما موضع ويتقاذفون لها أبدا .

وأما قولهم : انما يأخذ المسلمون مال من لا وارث له لانه لا رب له فاذ لا يستحقه بموته أحد فصاحبه أحق به فما زادونا على تكـــرار قولهم وان جعلوا دعواهم حجة لدعواهم ، وفى هذا نازعناهم وليس كما قالوا لكن نحن وأموالنا لله تعالى ولا يحل لاحد أن يتصرف فى نفســـه ولا فى ماله الا بما أذن الله له فيه مالكه ومالك ماله عز وجل فقط ، ولولا أن الله تعالى أطلق أيدينا على أموالنا فيما شاء جاز لنا فيها حكم كمـــا لا يجوز لنا فيها حكم حيث لم يبح الله تعالى لنا التصرف فيها ، ولولا أن الله أذن لنا فى الوصية بعد الموت لما جاز لنا أن نوصى بشىء فاباح الله تعالى الثلث فما دونه فكان ذلك مباحا ولم يبح أكثر فهو غـــير مبـــــاح .

وأما قولهم : كما للامام أن يضعه حيث شاء فصاحبه أولى فكلام بارد وقياس فاسد وهم يقولون فيمن ترك زوجة ولم يترك ذا رحـــم

ولا مولى ولا عاصبا أن الربع للزوجة وأن الثلاثة الارباع يضـــــعها الامام حيث شاء ، وأنه ليس له أن يوصى بأكثر من الثلث فهلا قاسوا ههنا كما للامام أن يضع الثلاثة الارباع حيث شاء ، فكذلك صـــــاحب المال ولكن هذا مقدار قياسهم فتأملوه ، وأما اذا أذن الورثة فى أكثر من الثلث ، فان عطاء والحسن والزهرى وربيعة وحماد بن سليمان، وعبدالله ابن يعلى ومحمد بن أبى ليلى والأوزاعى قالوا: اذا أذن الورثة فلا رجوع لهم ولم يخصوا اذنا فى صحة من اذن فى مرض وقال شريح وطاوس ، والحكم بن عتيبة والنخعى ، والشعبى وسفيان الثورى والحسن بن حى وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور ، وأحمد بن حنبـــل : اذا أذنوا له فى مرضه أو عند موته أو فى صحته بأن يوصى بأكثر من الثلث لم يلزمهم ولهم الرجوع اذا مات ، وقالت طائفة : لا يجوز ذلك أصلا كما روينـــا من طريق وكيع عن المسعودى — هو عميس عتبة بن عبد الله بن عتبة ابن عبد الله ابن مسعود عن أبى عون — هو محمـــد بن عبيــــد الله الثقفى — عن القاسم بن عبد الرحمن أن رجلا اســـتأمر ورثته فى أن يوصى بأكثر من الثلث فأذنوا له فلما مات رجعوا فسئل ابن مسعود فقال لهم ذلك النكرة لا يجوز •

أدلة القول الثاني : الذى يمنع صحة الوصية بما زاد على الثلث وان أجاز الورثة •

الأول : كل عقد لم يأت به قرآن ولا سنة الامر به أو باباحته فهو باطل وانما أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود التى أمر بها نصا أو اباحها نصا ، وأما عقد الوصية فما أذن الله تعالى قط فى الوفاء بها بل حـــرم عليه ذلك كمن عقد على نفسه أن يزني أو يشرب الخمر والزيادة عـــلى الثلث معصية منهى عنها فالعقد فى الاذن من ذلك فيمـــا لم يأذن الله تعالى فيه باطل محرم •

الثانى : لان المال حينئذ صار للورثة فحكم الموصى فيما استحقوه بالميراث باطل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » فليس لهم اجازة الباطل لكن ان أحبوا ان ينفذوا ذلك من مالهم باختيارهم فلهم ذلك ولهم حينئذ أن يجعلوا الاجر لمن شاؤا .

الثالث : ما روى من طريق عبد الرازق عن سفيان الثورى عن داود عن عكرمة عن ابن عباس قال : الضرار فى الوصية من الكبائر ثم قرأ ابن عباس « تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله » .

ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن أشعث بن عبد الله عن شهر ابن حوشب عن أبى هريرة مسند أن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة فاذا أوصى جار فى وصيته فيختم له بشر عمله فيدخل النار ، وان الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة فيعدل فى وصيته فيختم له بخير عمله فيدخل الجنة ثم يقول أبو هريرة : اقرءوا ان شئتم « تلك حدود الله » الى قوله « عذاب مهين » . (٢٤)

ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن الزهرى عن عروة بن الزبير قال : يرد عن حيف الناحل الحى ما يرد من حيف الناحل فى وصيته .

فهؤلاء ثلاثة من الصحابة لا يعرف لهم من الصحابة رضى الله عنهم مخالف أبطلوا ما خالف السنة فى الوصية ولم يجيزوا ولم يشترطوا رضى الورثة .

واستدل المالكية على قولهم : أن استأذنهم فى صحته فاذنوا له فلهم الرجوع اذا مات ، وان استأذنهم فى مرض موته فأذنوا له فلا رجوع لهم الا أن يكونوا فى عياله ونفقته فلهم الرجوع .

---

(٢٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٤٢ الطبعة الأخيرة .

بقول الله عز وجل « أوفوا بالعقود » وهذا عقد قد التزموه فعليهم الوفاء به .

وقد رد أهل الظاهر على قول مالك حيث قالوا :

أما قول مالك : فلا نعلمه عن أحد قبله ولا نعلم له حجة أصلا ولا يخلو المال كله أو بعضه من أن يكون لمالكه فى صحته وفى مرضه أو يكون كله أو بعضه لورثته فى صحته ومرضه ، فان كان المال لصاحبه فى صحته ومرضه فلا اذن للورثة فيه ، ومن المحال الباطل جواز اذنهم فيما لا حق لهم فيه وفيما هو حرام عليهم حتى لو سرقوا منه دينارا لوجب القطع على من سرق منهم ، وقد يموت أحدهم قبل موت المريض فيرثه ولا سبيل أن يقول أحد : ان شيئا من مال المريض لوارثه قبل موت الموروث لما ذكرنا فبطل هذا القول بيقين ، ولقد كان يلزم من أجاز العتق قبل الملك والطلاق قبل النكاح أن بالزامهم هذا الاذن ولكنهم تناقضوا فى ذلك .

والذى يترجح لدينا : هو الرأى القائل بصحة الوصية اذا زادت على الثلث عند عدم الوارث ، أو اذا أجازت الورثة عند وجودهم وذلك لعدة أسباب :

الأول : أن الموصى مالك للمال فاذا ما أوصى حال صحته كان تبرعه مقبولا ، خصوصا اذا لم يكن له وارث ، لأن تركته يحق له أن يتصرف فيها بما شاء وخير شىء له أن يجعل ماله بعد موته وصية ولا سيما وأن الوصية صلة ، فاذا لم يوجد له قريب يصله بالارث فلا مانع من أن يصل الأقارب غير الوارثين أو الأجانب ، فعلى الأقارب صدقة وصلة ، وعلى الأجانب صلة .

الثانى : أن النبى صلى الله عليه وسلم قيد الوصية بالثلث عند وجود الوارث وعلى ذلك ، لترك الورثة أغنياء خير من أن يدعهم عالة

يتكففون الناس فاذا انعدم الوارث انتقلت هذه العلة ، وصحت الوصية بالزيادة ، ومن نازع فى هذه العلة لم يلاحظ أن الفقهاء جميعا عند وجود الوارث استحبوا انقاص الوصية عن الثلث فاذا لم يوجد فالأولى بنا أن نلجأ الى النقيض وهو الزيادة عند عدم وجود الوارث •

الثالث أن الوصى أدرى بمن يختار للوصية ، وربما يختار الموصى له لحاجته اليها ، فيمكن استفادة الموصى له من الوصية ، والموصى أولى من بيت المال ، لأنه يتصدق بماله ويمكن أن يسخره لمكان عام ينتفع به بعد موته •

الرابع : أن بعض الصحابة رضى الله عنهم قالوا بجواز الوصية اذا زادت عن الثلث اذا لم يوجد وارث ، أو أجاز الورثة ان وجدوا ، ولو كان ذلك ممتنع لخالفهم غيرهم ، ولم يوجد مخالف فكانت الآثار المذكورة دليلا قاطعا على صحة الوصية بالقدر الزائد على الثلث •

الخامس : ان التركة حق ينتقل الى الوارث بعد موت المورث فاذا تنازل عنه تنازل عن خالص حقه ، وكان يمكنه أن يمنع الوصية بالقدر الزائد ، وعدم منعه دليل على الاعتراف بصحة وصية مورثه وامكان تنفيذها •

السادس : أما ما استدل به المانعون فانه يمكن الرد عليه حيث انه قال ان الوصية عقد ونحن لا ننكر هذا ، والوفاء بالعقود أمر مطلوب أما قوله بأن الزائد شرط فى كتاب الله وهو باطل فهذا ممتنع ، وسبب الامتناع أن الآيات الواردة فى كتاب الله بشأن الوصية آيات عامة لم تحدد قدر الوصية ، وان خصص هذا العموم بالسنة فهذه السنة عندما حددت مقدار الوصية ، عللته بترك الورثة أغنياء ، وجعل الآيات تتحمل فوق ما تتحمله هذا هو الذى ينبغى الابتعاد عنه ، لأن كتاب الله لم يحدد الوصية شرطا •

وقياسهم ظاهر الفساد لأن الوصية عمل مشروع رغب فيه الاسلام وصدقة من الله فكيف يقيسوا ذلك على أنه شبيه بمن عقد على نفسه عقدا بارتكاب معصية ، وما يباح أصله لا يمكن أن يقال بأن الزيادة فيه معصية ، ألا ترى أن الله تعالى يقول : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين » وهذا يفيد أن الأصل ليس مباحا فحسب بل هو واجب وقد تقدم فيه الكلام قبل ذلك •

كما يمكن أن نقول بأن الوارث مادام له الحق فى التبرع من ماله ويهب الأجر لمن شاء فالأولى أن تقبل اجازته فى الزائد خصوصا اذا كانت هذه الاجازة لا تكلفه شيئا من ماله الخاص ، ويمكن أن ترجع هذه الاجازة الى الأصل الذى قام به الموصى •

أما الآثار الثلاثة فنحن لا ننكرها ولا نعارض فيما تهدف اليه ولكن الذى ننازع فيه ان من اعتبر الوصية بالزيادة ضررا أو حيفا عند عدم وجود الوارث وعدم اجازته ، فان اجاز فلا حيف وينعدم الضرر ، ومن قال بأن حدود الله الثلث فنحن لا ننكره عندما يكون له وارث ، فاذا لم يوجد فحدود الميت الموصى كل ماله اذ الحد أمر نسبى يمكن أن يحد بالثلث عند وجود الوارث ، ويمكن أن يكون كل المال عندما لا يوجد وارث أصلا وبهذا نكون قد جمعنا بين الآثار المتقدمة للمجيزين والآثار للمانعين وبقيت أدلة المجيزين صحيحة صريحة تنتفى عنها كل الاعتراضات الواردة عليها ، ويلاحظ أن الامام مالك قد أجاز الوصية بالزيادة اذا أجاز الورثة وهذا يجعل جانب المجيزين أقوى •

الفصل الثالث

الوصـــية بالأعمـــال

وهى عبارة عن اسناد بعض التصرفات التى يقوم بها فى حياته أو بعضها الى غيره ليقوم بها بعد موته ، ومن هذا التعريف يتضح أن الموصى به اذا كان عملا أو تصرفا قد يكون عاما ، وقد يكون خاصا .

فيكون عاما اذا اسند الموصى الى الوصى أمر القاصر كله والتصرف فى ماله أيا كان هذا التصرف ، شريطة أن تظهر فيه مصـلحة القاصر أو من يلى أمره سواء كان بالبيـع والشراء والحوالة والكفالة والقضـاء والاقتضاء والرهن وغير ذلك من التصرفات المالية ، كما يمكن أن يتولى أمره فى النكاح والمســئولية الكاملة عن الأفعال الصادرة عنه ، حينئذ يكون مسئولا عن تربيته وادارة أمواله .

أما اذا كان الموصى به عملا خاصا كأن يوصى له ببعض التصرفات ويقوم بتعيينها ، كقيامه بسداد دينه بعد موته ، أو بتزويج ابنه أو ابنته أو بيع عقار معين ، وحينئذ تقتصر الوصية على العمل المعين والمحدد الذى أناطه بالقيام به ، أو بالتصرف الذى أسنده اليه .

لمـا كان الموصى به عمـلا أو تصرفا لابد له ممن يقوم به ، لأنه لا يمكن أن يقوم العمـــل بنفســـه ، كان لزاما علينا أن نتـكلم فى النقاط التـالية .

تعريف الموصى اليه :

هو المأمور بالتصرف بعـــد الموت فى المـــال وغيره ، مما للموصى التصرف فيه حال حياته ، وتدخله النيابة بماكه وولايته الشرعية (١)٠

وكأن الموصى اليه نائب عن الموصى فى تولى الأمور والتصرفات التى اسندها اليه الموصى ، وفارقت الوكالة لأن الوكيل يعتبر نائبا عن موكله حال حيـــاته ٠

حـــكم تعيين الوصى

لمـــا كان الموصى يخاف على مصلحة القاصر ، ويخشى أن يتركهم فتضيع مصالحهم ولا يوجد من يحافظ عليهم ، ويرعى شئونهم فعليه أن يخلف من ينـــوب عنه ، ولذلك كان تعيين الوصى أمرا لا بأس به ، فيكون فى حكم المباح وهذا هو ما قال به الحنابلة بصفة عامة (٢) ٠ وقال الموفق منهم عنـــدما يكون الأولاد قاصرين جميعا أو يكون فيهم صغار وكبار ، ولا يؤتمن كبارهم على صغارهم عندئذ يجب على الموصى تعيين الوصى ولا سيما اذا انعدم الجد ووافقه على ذلك الأوزاعى من الشافعية حيث قال (٣) : يظهر أنه يجب على الآباء بالوصـــية فى أمر الأطفال اذا لم يكن لهم جـــد أهل للولاية الى ثقة كاف وجيه اذا وجده وغلب على ظنه أنه ترك الوصية استولى على ماله خائن من قاضى أو غيره من الظلمة اذ قد يجب عليه حفظ مال ولده عن الضياع ٠

---

(١) حاشية الروض المربع جـ ٦ ص ٧٦ ٠
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٤٤ ٠
(٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٤ ٠

وان كان الشافعية غير الأوزاعى قالوا : ان الموصى به اذا كان عملا يسن تعيين وصى للقيام بهذا العمل حيث قالوا : يسن الايصاء بقضاء الحقـوق من الدين ورد الودائع والعوارى وغيرها وفى النظر فى أمر الأطفال ونحوهم كالمجانين ومن بلغ سفيها بالاجماع (٤) .

ومما تقدم نجد أن حكم تعيين الوصى الأرجـح لدينا أنه واجب خصوصا اذا تعزر على الموصى عليهم القيام بشـئونهم والتصرف فى تركة الموصى وذلك لأن بعض الفقهاء قد قال به ، واستدل على ذلك بأن بعض الصحابة قد فعلوه فكتبوا وصيتهم وعينوا أوصيائهم للقيام بما اسندوه اليهم بعد موتهم ، ومن ذلك ما روى عن أبى عبيدة أنه لمـا عبر الفرات أوصى الى عمر ، وأوصى الى الزبير ستة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عثمان وابن مسـعود ، والمقداد ، وعبد الرحمن ابن عوف ، ومطيع بن الأسود ، وآخر ، وروى عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل وفى وصيته ابن مسعود ان حدث بى حادث الموت من مرضى هذا أن مرجع وصيتى الى الله سبحانه ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله ولأنها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة فى الحياة .

وان كان احمد بن حنبل (٥) يرى أن ترك الدخول فيها أولى لمـا فيها من الخطـر وهو لا يعدل بالسـلامة شيئا ، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الاحرام قبل الميقات أفضل تحريا للسـلامة واجتنابا للخطـر ، وروى حديث يدل على ذلك وهو ما روى أن النبى صلى الله

---

(٤) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٣ .

(٥) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٤٤ .

عليه وسلم قال لأبى ذر انى أراك ضعيفا وانى أحب لك ما أحب لنفسى فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم •
(أخرجه مسلم) •

قال الحارثى (٦) : الوصية اما واجبة أو مستحبة ، وأولوية ترك الدخول يؤدى الى تعطيلها ، فالدخول قد يتعين فيما هو معرض للضياع ولما فيه من درء المفسدة وجلب المصلحة •

ويدل لهذا : أنه يعد من قبيل التعاون على البر والتقوى حيث قال الله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » الآية ، وهو معونة للمسلم•

---

(٦) حاشية الروض المربع ج ٦ ص ٧٦ .

الفصل الرابع

الوصى المختـــار

من له حق تعيين الوصى :

الوصى المختار : هو شخص يختاره الأب أو الجد أو القــاضى ، لان القاضى ولى من لا ولى له ، واختيار الوصى للموصى له يعتبر عقدا كسائر العقود يحتاج الى ايجاب وقبول ورضا ، اذ لابد من توافـــر أركان العقد وله شروطه واختيار الوصى يعتبر ايجابا منه وهـــذا الايجاب الصادر من الموصى قد يصحبه القبول فورا وقد يتأخر عنــه الى ما بعد الوفاة ، لان هذا الايجاب مضاف الى ما بعد الموت ، فامتد القبول الى ذلك الوقت ، وأيضا فان ثمرة هذا العقد لا تظهر الا بعــد الوفاة ، فكان القبول ممتدا الى ما بعدها .

ويصح قبول الوصية وردها فى حياة الموصى لأنها اذن فى التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له ، فانها تمليك فى وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول الى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصيةله،ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز فى حياة الموصى وبعـــد موته وبمشهد منه وفى غيبته وبهذا قال الشافعى (١) والحنابلة(٢) .

وقال أبو حنيفة : (٣) واذا رد فى حياة الموصى وفى حضرته بطل

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٣ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٤١ .
(٣) البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٢١ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٦ .

الايجاب ، وكذلك اذا رد فى غير حضرته وأعلمه بالرد ، أما اذا لم يعلم بالرد فان الايجاب لا يبطل حتى لا يموت مغرورا زاعما أنه أوصى ، مع أن الابصاء قد بطل ، واذا لم يقبل ولم يرد فى حياة الموصى ، ومثل ذلك اذا رد ولم يعلم الموصى بالرد حتى مات ، فانه يكون له القبول والرد بعد الوفاة لانه ليس هناك ما يلزمه بالوصايا ، الا اذا كان قد تقيد بالقبول فى حياة الموصى فيكون الايصاء لازما اذا مات الموصى مصرا على قبوله ، ولم يكن منه ما يدل على الرجوع عن قبوله — واذا كان له حق القبول والرد بعد الوفاة فان قبل ولو ضمنا فليس له أن يرد بعد ذلك ، لانه التزم القيام بذلك الواجب فصار كالكفيل اذا التزم بأداء الدين ، وليس له أن يرجع فى التزامه ومن القبول ضمنا أن يتصرف فى تركة الموصى ولو كان لا يعلم بالايصاء ، لان الخلافة تثبت من غير حاجة الى اعلام ، فاذا تصرف قبل الاعلام كان ذلك دليلا على القبول اذا علم .

واذا رد بعد الوفاة لا يعتبر الرد الا بعد اقرار القاضى له عند أبى حنيفة والصاحبين وقال زفر يتم الرد واخراجه من الولاية من غير حاجة الى اقرار القاضى ، وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا رد ثم قبل من غير أن يصدر قرار من القاضى باخراجه ، فزفر يقول ، أنه لا يصير وصيا ، والائمة يقولون أنه يصير وصيا وحجة زفر أن الايصاء لا يتم ايجاب الموصى وحده ولو مات مصرا على ذلك ، فاذا رد الموصى اليه بعد وفاة الموصى يلغى الايجاب ويعتبر كأن لم يكن كالشان اذا رد فى حياته فاذا قبل بعد رده ، فان قبوله لم يصادف ايجابا ، فيكون لغوا ، وحجة أئمة المذهب الحنفى الثلاثة ، أن الموصى مات معتمدا عليه ، فاذا رد واعتبر رده من غير اقرار القاضى كان ذلك ضررا بالميت ، وضررا بالقاصر ، اذ يكون المال من غير وال عليه حتى يعين القاضى ، وضرر الاجبار الى أن يرى القاضى أخف من ضرر الضياع ، والضرر الاقل

يقبل بجوار دفع الضرر الاكثر ، واذا كان الضرر عليه شديدا أخرجه القاضى وأزال الضرر عنه ، ولان الرد كأن يعتبر فى حياة الموصى الا اذا كان فى حضرته وبعد وفاته يقوم القاضى مقامه ، ويقرر القاضى الرد ان كانت مضرة الوصى بامضاء الايصاء أشد من مضرة القاصر .

والايصاء عقد لازم مادام الموصى حيا ، فللموصى أن يرجع فيه فى أى وقت شاء ، لانه يشبه الوكالة ما دام حيا ، وكذلك للموصى اليه أن يرد بعد قبوله فى أى وقت شاء بشرط اعلام الموصى برده كما بينا .

هل يجوز تعدد الأوصياء أو لا ؟

وللوصى أن يوصى الى اثنين أو أكثر ، فان الايصاء يصح اذا قبلاه على النحو الذى بيناه ، واذا لم يخصص واحدا منهما بعمل فان الولاية تثبت لكل واحد منهما كاملة ، ولكن ليس لاحدهما أن ينفرد بالتصرف فى أمر دون الآخر عند أبى حنيفة ومحمد الا اذا أجاز الموصى واحدا منهما أن ينفرد بالتصرف أو كان الأمر لا يحتاج الى رأى وتدبير، كقبول هبة وتحصيل أجره ، أو بيع ما يخشى من التأخير الضرر ، بحيث تفوت مصلحة مؤكدة اذا انتظر الآخر . (٤)

وقال أبو يوسف والحنابلة (٥) أن لكلا الوصيين أن ينفرد بالتصرف لأن الولاية تثبت له كاملة ، فله أن يتصرف منفردا ، كوليين فى الزواج يكونان فى درجة واحدة فيكون لكل واحد منهما أن يزوج من غير انتظار لرأى الآخر مادام فى مرتبته ولان الوصاية خلافة ، والخلافة عن الميت كاملة ، فيكون لكل واحد ما للميت من غير انتظار رأى الثانى.

---

(٤) البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٢٥ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٨ .
(٥) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٣٩ .

وحجة الطرفين أن هذه الولاية تثبت بتفويض الموصى ، وهو ما فوض لاحدهما منفردا ، بل فوض لهما مجتمعين ، وتصرفها حال اجتماع برأيهما ليس كتصرف أحدهما ، ولم يرض الا بالاجتماع ، ولانه ما ضم أحدهما الى الآخر الا أنه لاحظ أن أحدهما يعجز منفردا عن ادارة أموال القاصر ، فكان لابد من أن يتصرف كلاهما برأى صاحبه ، ولانه لو أجيز لكل واحد منهما أن يتصرف من غير رأى الاخر لتعارضت التصرفات وتضطرب الادارة ، ولا تستقيم الامور والوصايا تقبل التخصيص عند أبى حنيفة ولا تقبلها عند أبى يوسف ، واختلفت الرواية عن محمد ، وعلى ذلك اذا أوصى الى شخصين على أن يكون أحدهما مختصا بادارة الدور والحوانيت ونحوها ، والآخر مختصا بادارة الاراضى الزراعية والبساتين فان كل واحد منهما يكون مختصا بما خصص به من مذهب أبى حنيفة ، ويكون وصيا فى الكل من مذهب أبى يوسف ، وحجة أبى يوسف أن الولاية خلافة لا تثبت الا كاملة فلا تثبت مجزأة فلا تقبل التخصيص ، وحجة أبى حنيفة : أن الوصاية كالوكالة وتقبل التقييد وقد يكون الشخص محسنا لبعض الادارة دون بعضها الآخر ، قبل أن نترك الكلام فى الايصاء نقرر أن الايصاء شرط استمراره صحيحا الى وقت موت الموصى أن يستمر الموصى عاقلا الى وقت وفاته ، فاذا جن الموصى أو عته ، ولو بعد قبول الموصى اليه ، فان الايصاء يبطل ، ولو استفاق بعد ذلك فانه لا بد من ايجاب جديد ، وذلك لان الايصاء تصرف غير لازم ، والتصرفات اللازمة فى بقائها ما يشترط فى انشائها من الاهلية الكاملة لمنشئها •

شروط الوصى المختار عند الفقهاء :

يشترط فى الوصى الذى يختاره الاب أو الجد أن يكون مسلما ، بالغا ، عاقلا ، رشيدا حرا ، متحد الدين مع المولى عليه ، عدلا ، أمينا غير فاسق ، والعبرة باستيفاء هذه الشروط بعد الوفاة لا قبل ذلك ، لان

ذلك وهو وقت تنفيذ الايصاء ، وهذه الشروط ليست شروطا للانشاء ، بل شروطا للنفاذ فاذا كان الوصى غير مستوف للشروط بعد الوفاة فان القاضى يخرجه ولا يمكنه • (٦)

ولا تصح الى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم الى كافر بغير خلاف نعلمه لان المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما فلا يليان على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على المسلم •

وتصح الوصية الى المرأة فى قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح واسحاق والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى الحنابلة • (٧)

وقال عطاء لا تصح — لم يجز — لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون •

دليل الجمهور على صحة الوصية للمرأة :

ما روى عن عمر رضى الله عنه أوصى الى حفصه ، لانها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فانه يعتبر له الكمال فى الخلفة والاجتهاد بخلاف الوصية •

وتصح الوصية الى الأعمى وبه قال جمهور العلماء •

وقال أصحاب الشافعى فيه وجهان : (٨) الاول تصح الوصية

---

(٦) المغنى لابن قدامة جـ٦ ص١٣٧ ، تبيين الحقائق جـ٦ ص٢٠٦ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٢٠ ، المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٥ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٣١ •

(٧) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٣٧ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٦ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٢٠ •

(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٤ •

اليه ، والثانى لا تصح الوصية اليه بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل فى ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية فى النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية اليه كالبصير •

أما الصبى العاقل ، فيحتمل أنه لا تصح الوصية اليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار ، ولا يصح تصرفه الا باذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى ، ولانه مولى عليه ، فلا يكون واليا على غيره كالطفل ، والمجنون وهذا مذهب الشافعى وهو الصحيح ان شاء الله ، وقال القاضى من الحنابلة وقياس مذهب الحنابلة صحة الوصية اليه (٩) ، لأن أحمد قد نص على صحة وكالته وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر •

أما الكافر فلا تصح وصية مسلم اليه ، لأنه لا يلى على المسلم ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية اليه كالمجنون والفاسق •

وأما وصية الكافر اليه : فان لم يكن عدلا فى دينه لم تصح الوصية اليه لان عدم العدالة فى المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر أولى ، وان كان عدلا فى دينه ففيه وجهان :

أحدهما : تصح الوصية اليه وهو قول أصحاب الرأى (١٠) لانه يلى بالنسب فيلى الوصية كالمسلم •

الثانى : لا تصح وهو قول أبى ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية اليه كفاسق المسلمين ، ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين • (١١)

---

(٩) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١٣٧ •

(١٠) تبيين الحقائق ج ٦ ص ٢٠٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٥٢٣ •

(١١) مغنى المحتاج ج ٣ ص ٧٤ •

وأما وصية الكافر الى المسلم فتصح الا أن تكون تركته خمرا أو خنزيرا •

وأما العبد : فقال أبو عبد الله بن حامد : تصح الوصية اليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وبه قال مالك ، (١٢) وقال النخعى والاوزاعى وابن شبرمه تصح الوصية الى عبد نفسه ولا تصح الى عبد غيره •

وقال أبو حنيفة : تصح الى عبد نفسه اذا لم يكن فى ورثته رشيد، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : (١٣) لا تصح الوصية الى العبد بحال لانه لا يكون واليا على ابنه بالنسب ، فلا يجوز أنه يلى الوصية كالمجنون •

وأما الفاسق : فقد روى عن أحمد (١٤) ما يدل على أن الوصية اليه لا تصح وهو قول مالك والشافعى ، (١٥) وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية اليه فانه قال فى رواية ابن منصور : اذا كان متهما لم تخرج من يده ، وقال الخرقى اذا كان الوصى خائنا ضم اليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية اليه ويضم اليه أمين ، وقال أبوحنيفة(١٦): تصح الوصية اليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصية اليه كالعدل ، ووجه الأولى أنه يجوز افراده بالوصية ، فلم تجز الوصية اليه كالمجنون ، وعند أبى حنيفة لا يجوز اقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا •

---

(١٢) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٩ •
(١٣) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٥ ، تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٦ •
(١٤) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٣٨ •
(١٥) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٥ ، المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٨ •
(١٦) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٧ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٢٣ •

وتتميما للفائدة نقول : ويعتبر وجود هذا الشرط فى الوصى حال العقد والموت فى أحد الوجهين ، وفى الآخر حال الموت حسب الوصية له، وهو قول بعض أصحاب الشافعى •

ولنا أنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود ، فأما الوصية له فهى صحيحة ، وان كان وارثا وانما يعتبر عـــدم الارث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخــــلاف مسألتنا • فانها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد ، ولا ينفـــع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثانى لو كانت الشروط كلها منتفيــة أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية اليه • (١٧)

شروط الوصى المختار فى القانون

ويشترط القانون فى الوصى المختار ما يشترطه الفقه ، فيشترط العدالة والكفاية ، وأن يكون ذا أهلية كاملة ، كما يشترط أن يكـــون من دين القاصر وطائفته ، واشترط مع ذلك ألا يكون محكوما عليــــه فى جريمة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير ، أو جريمـــة من الجرائم المخلة بالآداب أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف ، وهذا فى الحقيقة داخل فى شروط العدالة ، كما يشترط ألا يكون محكوما بافلاسه الى أن يحكم برد اعتباره •

هـــذا ويلاحظ أمران :

أحدهما : أن الوصى المختار كان فى قانون المجالس الحســـبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ م لا يتولى أمر الوصاية الا بعد اقرار المجلس الحسبى للاختيار فلا ولاية له قبل ذلك ، فكان المجلس هو الذى يتولى التعيين ، والموصى له الاقتراح فقط •

---

(١٧) البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٣١ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٣٩

أما القانون الصادر فى سنة ١٩٤٧م فان المحكمة ليست لها فيه سلطة رد الوصاية اذا كانت مستوفية للشروط التى يشترطها الفقه ، ويشترطها القانون ، ولكن تعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتثبيتها فقط ولا يمكن للمحكمة أن تثبت وصاية الا اذا كان الايصاء ثابتا بورقة رسمية أو عرفية مصدق على الامضاء فيها ، أو ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعة بامضائه فان لم تكن ثابتة بذلك لا يلتفت اليها •

وهذا فى الواقع سير على نسق اثبات الوصايا ، والتصرفات التى تسند الى المتوفى اثناء حياته ، فالوصية لابد لاثباتها من احدى هذه الطرق • وقد أبقى ذلك الاثبات المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م •

ثانيهما : أن القانون لسنة ١٩٤٧م ذكر وصى الاب ، ولم يذكر وصى الجد ، فهو يقول : يجوز للاب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر، أو للحمل المستكن ، ولم يذكر جواز ذلك للجد ، فهذا يدل على أنه يعتبر الوصى المختار من الاب ولا يعتبر الوصى من الجد الصحيح ، وان ذلك سيرا على بعض اتجاهات الامام الذى لم يثبت الولاية للجد ، ولا لوصيه ، فخالفه القانون فى الجد ووافقه فى وصيه ، وقد تقرر ذلك أيضا بالمرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م •

تصرفات الوصى المختار :

الوصى المختار متى استوفى شرائطه التى ذكرناها آنفا تكون تصرفاته من الناحية الشرعية كتصرفات الأب الا فيما يأتى :

١ — الاب يجوز له بيع عقار الصغير اذا لم يكن فيه غبن فاحش ويكون هذا البيع لازما الا اذا رأى القاضى أن فى البيع ولو من غير غبن ضررا بالصغير •

أما الوصى فلا يجوز له بيع عقار الصغير الا بأحد أمرين :

الاول : أن يكون فى البيع نفع ظاهر له •

الثانى : وجود مسوغ للبيع وقد أحصى الفقهاء مسوغات البيع له بستة ، نسردها فيما يلى :

أ — اذا احتاج القاصر الى النفقة ولم يكن له مال ينفق منه ولا عروض أو منقولات يمكن بيعها والانفاق من ثمنها •

ب — اذا حلت الديون ووجب سدادها ولا يوجد مال تسدد منه ولا منقول يباع لسدادها •

جـ — أن يكون وصى قد أوصى بوصية مرسله من النقود وليس فى التركة مال يكفى لسدادها ولا منقول يباع فى سبيل السداد فيباع من العقار ما يكفى لهذه الوصية بشرط ألا يكون ثمت غبن فاحش •

د — اذا كان العقار مغصوبا وأراد الغاصب دفع ثمنه ولم يكن هناك وسيلة لاسترداده •

هـ — اذا كان ايراد العقار ضئيلا لا يكفى لتسديد نفقاته •

و — اذا كان العقار يخشى عليه من النقصان أو الضياع فالاراضى التى تكون بجوار البحار والأنهار وتتعرض لطغيان الماء عليها •

٢ — الاب والجد يجوز لهما أن يبيعا للقاصر ويشتريا منه العقار والمنقول بمثل القيمة بالغبن اليسير وأن يتوليا طرفى العقد ، أما الوصى فليس له ذلك عند محمد لعدم وجود شفقته ، وقال أبوحنيفة وأبو يوسف يجوز ذلك منه بشرط الخيرية الظاهرة ، وذلك بأن يشترى منه العقار بضعف قيمته ويبيعه له بنصف الثمن ، وأن يشترى منه المنقول ونصفها ويبيعه له بثلثى القيمة •

٣ — الاب والجد يجوز لهما البيع والشراء فمن لا تقبل شهادتهم له بشرط ألا يكون غبن فاحش • أما الوصى فلا يجوز له البيع لمن لاتقبل شهادته له ولا الشراء منه الا بالخيرية الظاهرة •

٤ — يجوز للاب أن يرهن ماله للصغير فى دين للصغير ، ويجوز له أن يرتهن مال الصغير فى دين له على الصغير • أما الوصى فلا يجوز له شىء من ذلك لانه لايجوز له أن يتولى طـرفى العقد •

هل للوصى أن يوصى لغـيره أو لا ؟

والوصى المختار له أن يوصى الى غيره ، فاذا أوصى الى غيره ،كان وصيا ، وذلك لانه خليفة الاب والجد ، وله أن ينقل هذه الخلافة الى غيره واذا أوصى الى شخص فى تركته كان وصيا على القاصر الذى هو وصى عليه أيضا وبه قال أصحاب الرأى ، (١٨) وقال الشافعى (١٩) ان الوصى ليس له أن يوصى لان الميت فوض الى رأيه هـو دون رأى غيره ، فلا يصح أن يوصى الى غيره ، كما أنه ليس للوكيل أن يوكـل الا باذن عام أو خاص ،وحجة الحنفية : أن الولاية قد انتقلت اليـــه بالخلافة عن الميت ، فيصح أن يوصى بها لغيره ، كما أن للجد أن يوصى بها لغيره ، وأن الايصاء معناه نقل ما كان يملكه من ولاية الى من أوصى اليه ، وقد كان هو له ولاية فى أمواله وأموال القاصر فمن يخلفــه فى الولاية يكون وصيا فى تركته وفى أموال القاصر الذى آلت ولايتها اليه•

والوصى الاصل فيه الامانة ، ويستمر على ولايته مادام عـدلا قادرا على القيام بشئون القاصر ، وان كان عاجزا عن القيام بشـئون القاصر ضم اليه القاضى من يعينه ، وان كان للقاضى عزله ، ولقد ذكر القاضى فى مختصره أن الاوصياء ثلاث مراتب :

١ — وصى مأمون على ما أوصى به اليه مضطلع للقيام به ، فلا يجوز للقاضى أن يعترض عليـه •

٢ — ووصى مأمون غير مضطلع للقيام به أيدهالحاكم بمن يعاونه•

---

(١٨) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٩ •

(١٩) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٧٦ •

٣ ــ ووصى غير أمين ومخوف على ما أوصى فيه ، فان القــاضى يخرجه ويعين غيره •

ولقد قال الزيلعى (٢٠) فى القسم الثانى أنه اذا ظهر للقــاضى عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للجانبين ، وعلى ذلك يكــون من الواجب على القاضى ابقاء الوصى الامين القادر ، وعزل الخائن ، وله ضم مشرف اليه ، ويكون من الواجب عليه ضم قادر يعــاون من كان يستطيع فى الجملة ويحتاج الى معونة ، وله عزله اذا كان عاجزا من كل الوجـــوه •

استحقاق الأجرة على الوصاية :

انقسم الفقهاء فى أخذ الاجرة على الوصاية الى ثلاث فرق :

١ ــ ففريق منهم قال باستحقاق الاجرة على الوصاية سواء كان الوصى غنيا أو فقيرا ، لان قوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » لا يمنع أخذ الوصى أجرة على ما يقوم به من أعمال بل جعلت للفقير أن يأكل بالمعروف ، بمقدار جهده وعمله ، والغنى مثله ويقاس عليه ، والاستعفاف المطلوب من الغنى على وجــه الندب فالمندوب بالنسبة للغنى أن يعف عن أخذ الاجرة استغناء بماله حتى يكون عمله خالصا لوجه الله ، والندب الى ترك الاجرة لا يؤخذ منه عدم استحقاقها •

٢ ــ وفريق قال بأن الوصى لا يستحق أجرة على الوصاية مطلقا ، غنيا كان أو فقيرا ، وذلك لان الآية السابقة تفيد مطــــالبة الغنى بالاستعفاف ومطالبة الفقير بالاكل بالمعروف ، وهذا يدل على أن الوصى لا يستحق أجرا غنيا كان أو فقيرا ، الا أن الفقير يباح له الاكل فى حدود العرف وهذا الأكل ليس بأجر ويؤيد هذا الرأى أن عمل الوصى فى تركة

---

(٢٠) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٦ ص ٢٠٩ •

القاصرين يدخل فى باب القرب التى يكون الجزاء عليها فى الآخرة لا فى الدنيـــــا .

٣ — وفريق يقول أن الوصى يستحق أجرا ان كان فقـــيرا ولا يستحقه ان كان غنيا وذلك عملا بظاهر الآية السابقة ، فقد أمرت الغنى بالاستعفاف عن أخذ الاجرة فلا يجوز له أخذ الاجرة وأمرت الفقير الاكل بالمعروف فجاز له الأجر المتعـارف .

أما القانون المصرى فقد جنح الى أن تكون الوصاية بغير أجـر الا ان رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكــــافأة .

الوصى على الحمـل المستكن :

ان القانون سوغ للأب أن يقيم وصيا على الحمل المستكن كمـا يقيم وصيا على أولاده الذين هم فى ولايته ، واذا لم يقم الاب وصيا على الجنين ، ولم يكن جد أقامت المحكمة وصيا ، ومن هذا يفهـم أن الحمل تثبت عليه ولاية ، وهو حمل الوصى المختار من الاب أو المقام من المحكمة التى لها ولاية على الحمل ،وهو الجنين .

والحق أن الفقهاء قرروا صحة اقامة وصى الحمل ، ولكن الولاية عليه لا تثبت الا بعد انفصاله حيا ، وأن أمواله تكون تحت يد أمين فى مدة الحمل حتى يولد مستحقا لمـا حفظ له من ميراث وما يستحقه من أوقاف ووصايا وعلى ذلك لا يصح أن يكون للوصى مكترا ، والذى يقام على الحمل ولاية التصرف فى مدة الحمل ، ويصح أن يكون هو الأمين الذى يحفظ أمواله ، والقانون اعتبره وصيا فى مدة الحمل ولكن اعتباره أمينا غير وصى فى مدة الحمل أولى ، لأن الوصى له حق التصرف فى المال والأمين ليس له الا حق المحافظة على المـال ، فكيف يسوغ لنا التصرف فى مال لم تتقرر بعد ملـكيته للجنين اذا لم يتقرر شرط الاســتحقاق وهو الولادة حيا .

هذه هى أحكام الوصى المختار فى مذاهب الفقهاء ومذهب أبى حنيفة الذى كان معمولا به من قبل ، أما القـــانون القائم ، كما كان فى قانون المجالس الحسبية السابق ، فانه خاضع لمراقبتها خضوعا تاما ، شأنه فى ذلك شأن القوام على السفهاء وذوى الغفلة ، والاوصياء المقامين من قبل القاضى والوكلاء على أموال الغائبين المقامين من تلك المحــاكم أو المختارين منهم قبل غيبتهم ، وسنتكلم على :

أولا : فى شرط التعيين فيمن تقيمه المحكمة وصيا على القاصرين ، وفيما على السفيه وذوى الغفلة •

ثانيا : على ما يملكون من تصرفات •

ثالثا : على محاسبتهم ، ثم على عقوباتهم ، ثم عزلهم •

الشروط الواجب توافرها فى الوصى :

يشترط فيمن تعينه المحكمة الحسبية وصيا أو تثبته اذا كان وصيا مختارا من قبل الأب :

١ ــ أن يكون عدلا كفئا ذا أهلية •

٢ ــ وألا يكون محكوما عليه فى جريمــة سرقة أو خيانة أمانة أو نصب أو تزوير أو فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب ، أو غير ذلك من الجرائم الماسة بالشرف ، وألا يكون مشهورا بسوء الســيرة أو لم تكن له وسيلة مشروعة للرزق •

٣ ــ وألا يكون محكوما بافلاسه •

٤ ــ وألا يكون قد حكم بسلب ولايته أو عزله على قاصر آخر •

٥ ــ وألا يكون الأب قد قرر حرمانه من التعيين قبل وفاته وثبت ذلك رسميا أو عرفيا مصدق عليها بامضائه عليها ، أو مكتوبة كلها بخطه وعليهــا توقيعه •

٦ — وألا يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائى أو خلاف عائلى يخشى منه على مصلحة القاصر ، وألا يكون بين القاصر وأحد أصـول الوصى أو فروعه أو زوجه نزاع قضائى أو خلاف عائلى كذلك .

٧ — وأن يكون من طائفة القاصر ، فان لم يكن فمن أهل مذهبه ، فان لم يكن فمن أهل دينه ، والطائفة كالأقباط ، والمذهب كالارثوذكس أو الكاثوليك ، والدين كالمسيحية واليهود (٢١) .

والوصى على الحمل المستكن شروط تعيينه هى شروط الوصى على غيره ويجب عليه بمجرد نزول الولد حيا أو ميتا يبلغ النيابة بانفصـاله لأنه ان انفصل ميتا يكون ما كان موقوفا من أموال من حـق غيره من الورثة ، وان انفصـل حيا ثم مات بعد ذلك يكون ماله لورثته ، وليس لوصـيه شأن بها الا بقرار آخر ، وان انفصـل حيا واستمر على قيد الحياة فان الوصايا تستمر ما لم تعين المحكمة غيره (٢٢) .

غير أن يده فى حـكم النفقـة تنتقل من يد حافظه لا تتصرف الا تصرفات الغرض منها المحافظة فقط ، الى يد مديرة متصرفة .

وقد ذكر القانون ما اذا كانت مصـلحة القـاصر متعارضـة مع مصلحة الوصى أو مع مصلحة زوجه أو أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى كأن يكون الوصى ناظرا على وقف ، والقاصر مستحق فيه ، وهو ينازعه فى هذا الاستحقاق فهنا نجد مصـلحة القاصر متعارضة مع من يمثله الوصى ، ومثال تعارض مصلحة الوصى مع مصـلحة القاصر أن يكون بينهما شركة فى عين ، أو أن تكون عقارات الصـغير مؤجرة من قبل الوصى أو أحد أصوله أو فروعه ، ففى هذه الصورة وأشـباهها قد تتعارض فيها مصلحة القاصر مع الوصى أو من لا تقبل شهادتها له أو

---

(٢١) المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ .
(٢٢) المادة ٢٨ ، ٢٩ ، من المرسوم المذكور .

من يمثلهم ، فاذا كان التعارض فى المصلحة بلغ حدا يخشى منه على مال القاصر لا تعينه المحكمة وصيا عليه ، كما ذكر فى شروط الوصى ، وان لم يبلغ حدا يخشى على ماله منه تعين المحكمة وصـيا خاصـا ، حتى يزول التعارض ، وتعين المحكمة وصـيا خاصـا بالنسبة للأعمال التى تحتاج الى دراية خاصة ، أو للأموال المتبرع بها التى اشترط المتبرع ألا يتولاها ذلك الوصى ٠

ويصح أن يكون الوصى الخاص هو الذى تعينه المحكمة للخصومة

واذا كان التعارض يؤدى الى تحكيم القضاء ، ليفصل القانون ، كأن يكون نزاع على اسـتحقاق فى وقف ، والوصى هو النـاظر ، فان المحكمة تعين وصيا لهذه الخصومة خاصة ، وان حق المحكمة مطلق فى تعيين الخصومة المالية ولو لم يكن للقاصر مال تقرر عليه وصاية (٢٣)٠

تصرفات الوصى بمقتضى القانون :

التصرفات تنقسم الى ثلاثة أقسام :

١ ــ تبرعات : وهى باطلة من الوصى ، فلا يتصرف بطريق التبرع قط ، فلا يهب ولا يقف ولا يوصى ، ولا يحابى فىمعاملة محاباة تصل الى حد التبرع ، بأن يكون فيها غبن فاحش ، ولم يستثن نص القانون رقم ٩٩ لسنة ٤٧ للوصى ما اسـتثناه بالنص للولى ، وهو التبرع لواجب انسانى أو واجب يتعلق بالأسرة ، باذن من المحكمة ، ونرى أن القانون رقم ٩٩ لسـنة ٤٧ وان لم يسـتثن ذلك للوصى بالنص ، فان هـذا الاستثناء يجىء أن لاحظنا مرمى القانون وغاياته ، لأن الولى لم يكن حقه مطلقا فى التبرع الانسانى أو العائلى ، انما كان باذن من المحكمة الحسبية ، فالحق فى الواقع كان للمحكمة ولا فرق بين أن يكون المستأذن

(٢٣) المادة ٣١ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ التى بينت أحكام التعارض ٠

هو الولى أو الوصى ما دام الأمر الى المحكمة فى النهاية ، ولذلك نرى أن الاستثناء الذى ثبت للولى يثبت هنا أيضا ، وقد جاء المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م فصرح بجواز التبرع لواجب انسانى أو عائلى باذن من المحكمة (٢٤) .

٢ – تصرفات ادارة كاجارة الأرض الزراعية ، أو الدور مادامت الادارة لم تفيد الأعيان لمدة طويلة تعرضها للضياع أو لم تكن معاملة للوصى مع القاصر ، وهذه التصرفات تجوز من الوصى من غير حاجة الى استئذان المحكمة ومثل هذا القبول الهبات غير المقترنة بشرط .

٣ – تصرف يمس رأس المال ، بأن يكون متعلقا به ، باخراجه من ملكه ، أو يؤدى الى اخراجه من ملكه أو يعرض المال للضياع أو يكون بين الوصى والقاصر ، وهذا لا يجوز من الوصى الا بعد استئذان المحكمة واذنها .

وعلى ذلك لا يجوز للوصى أن يتولى القسمة بين القاصر وغيره بالتراضى الا باذن من المحكمة ، والمحكمة التى تقر العقد وتصدق على القسمة وكذلك التصديق على القسمة القضائية يكون من اختصاص المحكمة الكلية .

ولا تجوز التصرفات الآتية الا باذن من المحكمة وهى :

١ – التصرف فى أموال القاصر بالبيع والشراء ، أو المقايضة ، أو الشركة أو الرهن ، أو الاقتراض أو أى نوع آخر من التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عينى .

٢ – تحويل الديون التى تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه .

٣ – استغلال الأموال بالاتجار فيها ونحوه ، وتصفية التجارة واقتراض المال لمدة أكثر من سنة فى المبانى .

---

(٢٤) المادة ٣٩ .

٤ — اجارة عقد القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

٥ — اجار عقد القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

٦ — قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

٧ — الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته ، الا اذا كانت النفقة مقضيا بها من جهة مختصة .

٨ — الصلح والتحكيم الا فيما قل عن مائة جنيه ، ما يتصل بأعمال الادارة .

٩ — الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ .

١٠ — رفع الدعاوى الا ما يكون فى تأخيرها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

١١ — التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

١٢ — التنازل عن التأمينات أو اضعافها .

١٣ — اجارة الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه ، أو لأحد أقاربه أو أصهاره الى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائبا عنه ، أو كل عقد ايجارة يكون فيه مظنة محاباة للوصى ، أو من يتصل به ، أو يتولاه الوصى بالنيابة عن الطرفين .

١٤ — ما يصرف فى تزويج القاصر .

١٥ ــ تعلم القاصر اذا احتاج النفقـة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة (٢٥) •

هذه تصرفات الوصى فى أموال القاصر ، ما يمنع منها ، وما يجوز من غير استئذان ، وما لا يجوز الا باذن من المحكمة ، ويجب التنبيه أنه ليس للولى أن يحفظ مال القاصر فى أى مكان شاء ، بل عليه أن يؤدى باسم القاصر احدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف الذى تشـير به المحكمة ، كل ما يحصله من نقود مدخرة له بعد حجز ما يحتاج اليه من أموال ينفق منها القاصر ، وما تحتاج اليه الادارةمن أموال،وأنه لايجوز أن يتأخر ذلك الايداع عن خمسة عشر يوما ، تبتدىء من تاريخ تسـلم هذه الأموال ، ولا يجوز سحب أى شىء من تلك الأموال الا باذن من المحكمة ، وكذلك على الوصى أن يودع باسم القاصر فى أحد المصارف الذى تشير به المحكمة ، ما للقاصر من أسهم وسندات وجواهر وحلى فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها (٢٦) • وبذلك تحفظ أموال القاصر من أن تتعـرض للضـياع أو تذهب بموت الوصى مجهـلا مال القـاصر •

محاسـبة الوصى وعقوبته :

لقد قرر القانون أن على الوصى أن يقدم كل عام حسابا سـنويا مبينا ما أنفقه بمستنداته وما قام به من تصرفات وما حصـل من نقود وأدت له فى ايداعها وبعبارة عامة ، عليه أن يثبت أنه لم يتجاوز ما حده القانون الا اذا كان أموال القاصر لا تزيد على خمسـمائة جنيه ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تحاسب الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته (٢٧) • واذا أدى

(٢٥) المادة ٤٥ من المرسوم بقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٢ م •
(٢٦) المادة ٨٤ •
(٢٧) المادة ٤٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ •

الحساب الى اثبات تقصير فى الواجبات المفروضة عليه أو فى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة جاز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة مالية لا تتجاوز مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه ، وبعزله أو ببعض هذه العقوبات ، ويجوز لها اعفاؤه من الجزاء المالى أو بعضه ، اذا نفذ ما ترتب عليه الحكم بالعقوبة من غير أن ينال القاصر ضررا أو اذا قدم أعذارا مقبولة (٢٨) •

وللمحكمة أن تعطى القاصر جزءا من هذا الجزاء المالى ليكون تعويضا عما ناله من ضرر بسبب التقصير أو عدم التنفيذ ، واذا أدى الحساب الى شك فى أمانة الوصى أو الى خيانته عزلته أو أوقفته وفى حال وقفه يعين وصى مؤقت •

وتنتهى مهمة الوصى بما يأتى :

١ — بموت القاصر •

٢ — وببلوغه الحادية والعشرين عاقلا رشيدا ، واذا رأى الوصى قبل بلوغه الحادية والعشرين أنه سفيه لا يؤمن على أمواله أو ذو غفلة فعليه أن يبلغ المحكمة وهى تقرر استمرار الوصاية عليه ، واذا بلغ مجنونا أو معتوها تستمر الوصاية عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرارها •

٣ — وتنتهى الوصاية بعودة الولاية الى الأب أو الجد •

٤ — وبانتهاء العمل الذى أقيم له الوصى اذا كان وصيا مؤقتا •

٥ — وبقبول استقالته لا بمجرد الاستقالة •

---

(٢٨) المادة ٤٨ •

٦ — وبفقده الأهلية الكاملة أو ثبوت غيبته بحيث لا يمكن القاصر الانتفاع من وصايته •

٧ — وبالعزل ، ويكون بتخلف شرط من الشروط التى يشـــترطها القانون للوصاية ، ويكون أيضـــا اذا صارت مصـــلحة القاصر فى خطر بسبب سوء ادارته أو اهماله أو عدم أمانته أو أى سبب آخـــر تراه المحكمة مسوغا لعزله اذ يخشى على مصلحة الصغير مع بقائه ، ولاتحكم المحكمة بالعزل الا بعد تحقيق تقوم به المحكمة أو النيابة ويستمع فيه كلام الوصى فى خلال ثلاثين يوما من الأيام التالية لانتهاء الوصاية ، وأن يسلم الأموال التى فى عهـــدته بمحضر الى القاصر متى بلـــغ سن الرشـــد أو الى ورثته أو الى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال ، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور وصورة من الحساب ومحضر التســـليم المشرف أجاز القانون تعيين مشرف مع الوصى المختار أو مع وصى القاضى ، اذا اقتضت مصلحة القاصر مراقبة الوصى فيما تحت يده من أموال بأن تكرر شكوى منه وحصل الشك فى تصرفاته ولم يقم دليل يوجب العزل ففى هذه الأحوال وأشباهها تعين المحكمة مشرفا ، والمشرف لا يتولى الادارة ولكن يراقب أعمال الوصى ، وعلى الوصى أن يمكنه من فحص الأوراق والمستندات واجابة كل ما يطلبه من ايضاح خاص بادارة أموال القاصر ، وعلى المشرف أن يبلغ المحكمة أو النيابة كل أمر يرى أن مصـــلحة توجب اطلاعهـــا عليه ، ولا يتولى المشرف شيئا من الادارة الا اذا انتهت الوصاية ولم يعين وصى جديد، فانه يدير الأموال الى أن يعين وصى جديد ولا يتولى الا الأعمال التى يكون فى تأخيرها ضرر أجره الوصى بنص قانون المحاكم المختصة أن الوصاية على أموال القاصر تكون بغير أجره الا اذا طلب أجره ورأت المحكمة استحقاقه لهذه الأجرة وقررت المحكمة تقدير أجرة له ثابتا أو

اعطاءه مكافأة عن عمل معين استحق عليه وحده الأجرة ، ويستفاد من مضمون المادة ٤٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ م أن الاجرة اذا قدرت تكون عن المستقبل لا عن الماضى لأنها تصرح فى صدرها أن الأصل فى الوصاية أن تكون بغير أجرة وأن تقدير الأجرة بناء على طلب وتقدير المحكمة فتكون الأجرة ثابتة من وقت سببها وهو الطلب ، اللهم الا أن يقال ان حق المحكمة مطلق فلها أن تقدر عن العمل فى الماضى كما قدرت له عن المستقبل ، والمشرف كالوصى فى الأجرة (٢٩) ٠

(٢٩) الأحوال الشخصية لأبو زهرة ص ٥٧٧ ، الأحوال الشخصية للبرديسى ص ٤٣٥ ٠

الفصل الخامس

الوصـــية بالأقوال

وهذا القسم من الموصى به ، لا يشترط أن يكون لشخص معين بل لابد فيه من العمـــوم ، الا اذا كان لفرد أو أفراد مخصوصـــين ، فيقتصر تنفيذه على هؤلاء المخصوصين ، كما أن من صدر عنه القول الموصى به يشترط أن يكون بالغـــا عاقلا ، أى أنه أهل للتكليف ، حتى يصلح الأخذ عنه ، وينتفع بقوله ومن ثم لا يصلح الأخذ عن الصبى ، ولو كان مميزا ، لأنه يحتـــاج الى من يتولى أمره ويرشـــده ، كما أن القول الموصى به يشـــترط أن يكون صـــادرا عن تجربة وحكمة ، لكى ينتفع به الموصى له ، سواء كان عاما أو خاصا ، ومن هذا القبيل أقوال الحكماء ، مثل من يقول : الدنيا يوم لك ويوم عليك فان كان لك فلا تبطر وان كانت عليك فاصبر • ومن تتبع أقوال الحكماء وجدها كلها صادرة عن تجربة طويلة قالها الحكيم لكى ينتفع بها غيره وأبلغ دليل على ذلك كافة الأقوال الصادرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه الأقوال أجل من أن تحصى ، وأكثر من أن تستقصى ، ومن الأمثلة على ذلك أنه ذهب رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له يا رسول الله أوصنى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « لا تغضب » فردد مرارا فقال لا تغضب وجاءه رجل آخر وقال له أوصـــنى يارســـول الله فقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تكذب » •

وكان النبى صلى الله عليه وسلم يصدر وصاياه القولية لمن يأتيه مراعيا فى ذلك حال الموصى له ، فيعطيه من الوصـــايا القولية ما يعتبر مثابة الدواء لدائه ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك من تلقاء نفســـه وانما كان يفعـــل ذلك من قبيل الوحى الالهى لقوله تعالى « وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى علمه شديد القوى » (١)

---

(١) سورة النجم الآية رقم ٣ ، ٤ ، ٥ •

وقوله تعالى وصفا لحال النبى صلى الله عليه وسلم فى أكثر من آية « قل انما أنا بشر مثلكم يوحى الى انما الهكم اله واحد » (٢) ٠

والقرآن مملوء بألفاظ الوصايا بالمداومة على تنفيذ أحكامه والالتزام بحلاله والبعد عن حرامه انظر الى قوله تعالى « ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب من قبلكم واياكم ان اتقوا الله » (٣) ، وقد وردت الوصية قبل النبى صلى الله عليه وسلم على لسان الأنبياء السابقين انظر الى قوله تعالى « ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب يابنى ان الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون » (٤) ، وقد أمرنا الله بأن نتمسك بما كان عليه من قبلنا من الأنبياء السابقين وقد ورد ذلك بصيغة الوصية ويدل لذلك قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » (٥) وقد حكى القرآن وصايا لقمان لابنه وهو يعظه فى قوله تعالى : « واذ قال لقمان لابنه وهو يعظه يابنى لا تشرك بالله ان الشرك لظلم عظيم » وقال أيضا « يابنى انها ان تك مثقال حبة من خردل فتكن فى صخرة أو فى السموات أو فى الأرض يأت بها الله ان الله لطيف خبير ، يابنى أقم الصلاة وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك ان ذلك من عزم الأمور ، ولا تصعر خدك للناس ولا تمش فى الأرض مرحا ان الله لا يحب كل مختار فخور ، واقصد فى مشيك واغضض من صوتك ٠٠ »(٦) الخ ٠

ولقد وصى النبى صلى الله عليه وسلم حيث قال فيما روى عن

---

(٢) سورة فصلت الآية رقم : ٦ ٠
(٣) سورة النساء الآية رقم ١٣١ ٠
(٤) سورة البقرة الآية رقم ١٣٢ ٠
(٥) سورة الشورى الآية رقم ١٣ ٠
(٦) سورة لقمان الآية رقم ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ٠

خلاد بن يحيى حدثنـا مالك هو ابن مغول حدثنا طلحـة بن مطرف قال سـألت عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهمـا : هل كان النبى صلى الله عليه وسلم أوصى ؟ فقال : لا فقلت كيف كتب على الناس الوصـية أو أمروا بالوصية ؟ قال : أوصى بكتاب الله (٧) .

حدثنا سعيد بن منظور وقتيبة بن سعيد وأبو بكر بن أبى شيبة وعمرو الناقد « واللفظ لسعيد » قالوا حدثنا سفيان عن سليمان الأحول عن سعيد بن جبير قال : قال ابن عباس يوم الخميس وما يوم الخميس ثم بكى حتى بل دمعه الحصى فقلت يا ابن عباس وما يوم الخميس قال: اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه فقال ائتونى اكتب لـكم كتابا لا تضلوا بعدى ، فتنازعوا وما ينبغى عند نبى تنـازع ، وقالوا ما شأنه أهجر ؟ استفهموه قال : دعونى فالذى أنا فيه خير أوصـيكم بثلاث أخرجوا المشركين من جزيرة العـرب ، وأجيزوا الوفـد بنحو ما كنت أجيزكم قال وسـكت عن الثالثة أو قالهـا فأنسـيتها ، قال أبو اسـحاق ابراهيم حدثنا الحسن بن بشر قال حدثنا سـفيان بهذا الحـديث (٨) .

وأوصى أبو بكر رضى الله عنه بالخـلافة لعمر رضى الله عنـه ، وأما عمر فقد قالوا أوصى يا أمير المؤمنين ، استخلف ، فقال : ما أجد أحق بهذا الأمر من هؤلاء النفر أو الرهط الذين توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهم وهو راض ، فسمى عليا ، وعثمان ، والزبير ، وطلحة، وسعد وعبد الرحمن وقال : يشهدكم عبد الله بن عمر وليس له من الأمر شىء كهيئة التعزية له ، فان أصابت الامرة سعد فهو ذاك ، والا فليستعن به أيكم ما أمر ، فانى لم أعزله من عجز ولا خيانة ، وقال أوصى الخليفة من بعدى بالمهاجرين الأولين أن يعرف لهم حقهم ويحفظ لهم حرمتهم،

---

(٧) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٥٦ ، مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٦٩

(٨) صحيح مسلم شرح النووى جـ ٤ ص ١٧١ طبعة الشعب .

وأوصيه بالانصار خيرا الذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم أن يقبل محسنهم وأن يعفوا عن مسيئهم وأوصيه بأهل الامصـــار خيرا ، فهم ردء الاسلام ، وجباة المـــال ، وغيظ العدو ولا يؤخذ منهم الا فضلهم عن رضاهم ، وأوصـــيه بالاعراب خيرا ، فانهم أصـــل العرب ، ومادة الاسلام ، أن يؤخذ من حواشى أموالهم ، ويرد فى فقرائهم وأوصـــيه بذمة الله وذمة رســـوله أن يوفى لهم بعهدهم ، وأن يقاتل من وراءهم ، ولا يكلفون الا طاقتهم (٩) •

وكل ما يوصى به الأوصياء يعتبر أقوالا صالحة للتنفيذ لأن الألفاظ التى تصدر عنهم ما هى الا أقوال تقوم بها معانى صالحة للتنفيذ ، حتى ولو كانت هذه الوصـــايا بأموال أو منـــافع أو غير ذلك ، فانهـــا تعتبر بدايتها أقوال ، يترتب عليها أعمال •

---

(٩) نيل الأطار جـ ٦ ص ٥٣ ، الطبعة الأخيرة •

الباب الخامس

الركن الرابع : الصيغة

الفصل الأول : ويشتمل على :

العبرة فى العقود القصد دون اللفظ المجرد .

الفصل الثانى : الشروط التى ينبغى توفرها فى الصيغة .

الفصل الثالث : مسقطات الوصية :

الفصل الأول

العبرة فى العقود القصد دون اللفظ المجرد :

ومما يوضح ما ذكرناه — من أن القصود فى العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التى تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها — أن صيغ العقود كبعت واشتريت وتزوجت وأجريت ، وأوصيت ، أما اخبارات واما انشاءات واما متضمنة للأمرين فهى اخبارات عما فى النفس من تلك المعانى التى تدل على العقود ، وانشاءات لحصول العقود فى الخارج فلفظها موجب لمعناها فى الخارج وهى أخبار عما فى النفس من تلك المعانى ، ولابد فى صحتها من مطابقة خبرها ، فاذا لم تكن تلك المعانى فى النفس كانت خبرا كاذبا وكانت بمنزلة قول المنافق : أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وبمنزلت قوله : آمنت بالله واليوم الآخر ، وكذلك اذا قال المحلل : تزوجت وهو لا يقصد بلفظ التزويج المعنى الذى جعله الله فى الشرع كان اخبارا كاذبا وانشاء باطلا، فانا نعلم أن هذه اللفظة لم توضع فى الشرع ولا فى العرف ولا فى اللغة لمن قصد رد المطلقة الى زوجها ،وليس له قصد فى النكاح الذى وضعه الله بين عباده ، وجعله سببا فى المودة والرحمة بين الزوجين ، وليس له قصد فى توابعه حقيقة ولا حكما ، فمن ليس له قصد فى الصحبة ولا فى العشرة ولا فى المصاهرة ولا فى الولد ولا المواصلة ولا المعاشرة ، ولا لايواء ، بل قصده أن يفارق لتعود الى غيره ، فالله جعل النكاح سببا للمواصلة والمصاحبة ، والمحلل جعله سببا للمفارقة فانه تزوج ليطلق ، فهو مناقض لشرع الله ودينه وحكمته ، فهو كاذب فى قوله « تزوجت » باظهاره خلاف ما فى قلبه ، وبمنزلة من قال لغيره وكلتك أو شاركتك أو ضاربتك ، أو ساقيتك ، وهو يقصد رفع هذه العقود وفسخها .

تقدم أن صيغ العقود اخبارات عما فى النفس من المعانى التى هى أصل العقود ومبدا الحقيقة التى بها يصير اللفظ كلاما معتبرا ، فانها لا تصير كلاما معتبرا الا اذا قرنت بمعانيها ، فتصير انشاء للعقود والتصرفات من حيث أنها هى التى اثبتت الحكم وبها وحده ، واخبارات من حيث دلالتها على المعانى التى فى النفس ، فهى تشبه فى اللفظ أحببت او أبغضت وكرهت وتشبه فى المعنى قم واقعد ، وهذه الأقوال انما تفيد الاحكام اذا قصد المتكلم بها — حقيقة أو حكما — ما جعلت له ، واذا لم يقصد بها ما يناقض معناها وهذا فيما بينه وبين الله تعالى ، فاما فى الظاهر فالأمر محمول على الصحة والا لما تم عقد ولا تصرف ، فاذا قال بعت أو تزوجت أو أوصيت كان هذا اللفظ دليلا على أنه قصد معناه المقصود به ، وجعله الشارع بمنزلة القاصد ، وان كان هازلا ، وباللفظ والمعنى جميعا يتم الحكم ، فكان منهما جزء السبب ، وهما مجموعة ، وان كانت العبرة فى الحقيقة بالمعنى واللفظ دليل وهذا يصار الى غيره عند تعذره ، وهذا شأن عامة أنواع الكلام فانه محمول على معناه المفهوم منه عند الاطلاق ، لا سيما الأحكام الشرعية التى علق الشارع بها الأحكام ، فان المتكلم عليه أن يقصد بتلك الألفاظ معانيها والمستمع عليه أن يحملها على تلك المعانى ، فان لم يقصد المتكلم بها معانيها بل تكلم بها غير قاصد لمعانيها أو قاصدا لغيرها أبطل الشارع عليه قصده ، فان كان هازلا أو لاعبا لم يقصد المعنى ألزمه الشارع المعنى كمن هزل بالكفر والطلاق والنكاح والرجعة ، بل لو تكلم الكافر بكلمة الاسلام هازلا ألزم به وجرت عليه أحكامه ظاهرا ، وان تكلم بها مخادعا ماكرا محتالا مظهرا خلاف ما أبطن لم يعطه الشارع مقصوده كالمحلل والمرابى بعقد العينة ، وكل من احتال على اسقاط واجب أو فعل محرم بعقد أو قول أظهره وأبطن الأمر الباطل ، وبهذا يخرج الجواب عن الالزام بنكاح الهازل وطلاقه ورجعته وان لم يقصد حقائق هذه الصيغ ومعانيها (١) .

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١١٩ .

تقسيمات أصيغ العقود:

نحن نذكر تقسيما جامعا نافعا فى هذا الباب نبين به حقيقة الأمر، فنقول : المتكلم بصيغ العقود اما أن يكون قاصدا التكلم بها أو لا يكون قاصدا ، فان لم يقصد التكلم بها كالمكره والنائم ، والمجنون ، والسكران والمغلوب على عقله ، لم يترتب عليه شيء ، وان كان فى بعض ذلك نزاع ونفصيل فالصواب أن أقول هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب والسنة والميزان وأقوال الصحابة ؛ وان كان قاصـــدا للتكلم بها فاما أن يكون عالمـــا بغايتها متصـــورا لها ، أو لا يدرى معانيها البتـــة بل هى عنده كأصوات ينعق بها ، فان لم يكن عالمـــا بمعناها ولا متصورا له لم يترتب عليه أحكامها أيضـــا ، ولا نزاع بين ائمة الاســـلام فى ذلك ، وأن كان متصورا لمعانيها عالمـــا بمدلولها ، فاما أن يكون قاصدا لها أو لا ، فان كان قاصدا لها ترتب أحكامها فى حقه ولزمته ، وان لم يكن قاصدا لها ، فاما أن يقصـــد خلافها أو لا يقصـــد لا معناها ولا غير معنـــاها ، فان لم يقصد غير المتكلم بها فهو الهازل ، وان قصد غير معناها فاما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا فان قصد ما يجوز له قصـــده نحو أن يقصـــد بقوله « أمتى أو عبدى حر » أنه عفيف عن الفاحشة ، أو يقصد بقوله « أنت طالق » من زوج قبلى ، أو يقصد بقوله « امرأتى عندى مثل أمى» فى الكرامة والمنزلة ونحو ذلك لم تلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى ، وأما فى الحكم فان اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضا ، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه ، وان لم يقترن بكلامه قرينة أصلا وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه.، وان قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل وبعت واشتريت بقصد الربا ، وبخالعتها بقصد الحيلة على فعل المحلوف عليه ، وبملكت بقصد الحيلة على اسقاط الزكاة والشفعة ، وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه ، فان فى تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم ، واسقاطا للواجب واعانة على معصية

الله ، ومناقضـــة لدينـــه وشرعه ، فاعانتـــه على ذلك اعانة على الاثم والعدوان ، ولا فرق بين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية اليه وبين اعانته على ذلك بالطريق التى وضـــعت مفضـــية الى غيره ، فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه من طريق ويحل بعينه من طريق آخرى ، والطرق وسائل وهى مقصـــودة لغيرها ، فأى فرق بين التوســـل الى الحرام بطـــريق الاحتيال والمكر والخداع والتوسل اليه بطريق المجـــاهرة التى يوافق فيها السر والاعلان والظاهر والباطن ، والقصـــد واللفظ ، بل ســـالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت وفى قلوبهم أوضع وهم عنه أشد نفره ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه ، ولهذا قال أيوب السختيانى وهو من كبار التابعين وساداتهم وأئمتهم فى هؤلاء « يخادعون الله كما يخـــادعون الصبيان ، ولو أتوا الأمر على وجهه كان أسهل عليهم » (٢) •

صـــيغة الوصـــية :

لمـــا كانت العقود بعضها يتشابه مع البعض الآخر كان لكل عقد صيغة تميزه عن غيره بحيث تستقل به وتدل على معانيه ، ولا تحتمل غيره ، ولمـــا كانت الوصية قد تتداخل مع الهبة لأن كلا منهما تبرع ، وأن كانت الهبة تبرعا حال الحياة ، والوصية تبرع مضاف الى ما بعد الموت ، كان أهم ما يميز صيغة الوصية هى : أوصيت بثلث مالى ، أو بقدر منه ، أو جعلت لك بعد موتى كذا وقوله لعبـــده أنت حر بعد موتى ، على أن التدبير وصية بالعتق ، أو هذا وأشار الى شىء معين ما وصى به فلان ابن فلان •

---

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢١ •

ولما كانت الوصية قد تكون بشىء ، وقد تكون باسناد تصرف الى ما بعد الموت كما تقدم ، فيكون من صيغها : أنت موصعى بعد موتى أو أوصيت اليك ، أو أنت وصى لى ، أو جعلتك وصيا لى ، أو اخلفنى بعد موتى ، أو فوضت اليك الأمر بعد موتى .

وتصح وصية الأخرس اذا فهمت اشارته لأنها أقيمت مقام نطقه فى طلاقه ولعانه وغيرهما ، فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها وهذا قول أبى حنيفة والشافعى والحنابلة وغيرهم .

فأما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته ذكره القاضى وابن عقيل وبه قال الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والحنابلة ، وقال الشافعى وابن المنذر تصح وصيته لأنه غير قادر على الكلام أشبه الأخرس ، واحتج ابن المنذر بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صلى وهو قاعد فأشار فقعدوا رواه البخارى وأخرجه ابن عقيل وجها اذا اتصل باعتقال لسانه الموت، واستدل من قال بعدم صحة وصيته : أنه غير ميؤس من نطقه فلم تصح وصيته باشارته كالقادر على الكلام ، والخبر لا يلزم فان النبى صلى الله عليه وسلم كان قادرا على الكلام ولا خلاف فى أن اشارة القادر لا تصح بها وصية ولا اقرار ففارق الأخرس لأنه ميؤس من نطقه(٣).

صيغة الوصية قد تكون مطلقة ومقيدة :

وتصح الوصية مطلقة ومقيدة ، فالمطلقة أن يقول ان مت فثلثى للمساكين أو لزيد ، والمقيدة أن يقول : ان مت من مرضى هذا أو فى هذه البلدة أو فى سفرى هذا فثلثى للمساكين ، فان برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة .

---

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٢ ، انظر تحقيق المسألة فى وصية الأخرس .

قال أحمد بن حنبل فيمن وصى وصـــية ان مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال مالك: ان قال قولا ولم يكتب كتـــابا فهو كذلك ، وان كتب كتابا ثم صـــح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها .

وجه الجمهور : أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتابا ، أو كما لو اوصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصـــيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وان قال لأحد عبـــديه أنت حر بعد موتى ، وقال للآخر أنت حر ان مت فى مرضى هذا فمات فى مرضه فالعبدان سواء فى التدبير ، وان برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقى تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلثه وقال ان مت قبلى فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له وكذلك فى ســـائر الشروط ، فان النبى صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون عند شروطهم » (٤) .

ألفاظ الصـــيغة :

وتكون بألفاظ الجمع : وهى على أربعة أضرب .

الأول : ما يشـــمل الذكر والانثى بوضـــعه كالأولاد ، والذرية ، والعالمين وشبهه .

الثانى : موضوع للذكور ويدخل فيه الاناث اذا اجتمعوا كلفظ المسلمين ، والمؤمنين ، والقانتين ، والصادقين ، والذميين ، والمشركين والفاسقين ، ونحو ذلك ، وكذلك ضمير المذكر كالواو فى قاموا والتاء والميم فى قمتم ، وهم مفردة وموصوله والكاف والميم فى لكم وعليكـــم ونحوه ، فهذا متى اجتمع الذكور الاناث وغلب لفظ التذكير فيه دخل فيـــه الذكر والانثى .

---

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٨ .

الثالث : ضرب يختص الذكور ، كالبنين ، والذكور ، والرجال ، والغلمان فلا يدخل فيه الا الذكور •

الرابع : لفظ يختص به النساء ، كالنساء ، والبنات ، والمؤمنات، والصادقات ، والضمائر الموضوعة لهن ، فلا يتناول غير الاناث • (٥)

وأن أوصى لولد فلان أو لبنى فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه وأما أولاد أولاده فان كانت قرينة تدل على دخولهم مثل أن يوصى لولد فلان وليس له الا أولاد أولاده ، أو قال : ولا يعطى ولد البنات شيئا ، أو قال الا ولد فلان ، أو فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا لان اللفظ يحتملهم والقرينة صارفة له اليهم فصار كالتصريح بهم ، وان دلت القرينة على اخراجهم فلا شئ لهم وان انتفت القرائن لم يدخلوا فى الوصية لان اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب ، فان قيل : فقد دخلوا فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » قلنا : انما دخلوا فيه اذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ، ودخلوا مع الاناث على أنهم انما يرثون مافضل عن البنات ، ويحتمل أن يدخل ولد البنين فى الوصية اذا لم تكن قرينة تخرجهم لانهم دخلوا فى اسم الولد فى كل موضع ذكره الله تعالى من الارث وغيره •

وان أوصى لاخواته فهو للاناث خاصة ، وان أوصى لاخوته دخل فيه الذكر والانثى جميعا لان الله تعالى قال : « وان كانوا أخوة رجالا ونساء » وقال « فان كان له أخوة فلامه السدس » وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والانثى •

وان قال لعمومته فالظاهر أنه مثل الاخوة يشمل الذكر والانثى لانهم أخوة أبيه •

---

(٥) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٣ •

وان قال لبنى أخوته أو لبنى عمه فهو للذكور دون الاناث اذا لم يكونوا قبيلـــة .

والفرق بينهما أن الاخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والانثى سوى هذا اللفظ ، وبنو الاخوة والعم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الاولاد ؟ فاذا عدل عن اللفظ العام الى لفظ البنين دل علـى ارادة الذكور ولان لفظ العمومة أشبه بلفظ الاخوة ولفظ بنى الاخـوة والعم يشبه بنى فلان وقد دللنا عليهما والحـكم فى تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنى العم والاخوة حكم ما ذكرنا فى ولد الولد مع القرينة وعدمهـــا .

وان وصى للارامل فهو للنساء اللاتى فارقهن أزواجهن بمـــوت وغيره ، قال أحمد فى رواية حرب : وقد سئل عن رجل أوصى لارامل بنى فلان فقال : قد اختلف الناس فيها فقال قوم هو للرجال والنســاء ، والذى يعرف فى كلام النـــاس أن الارامل النســاء ، وقال الشــعبى واسحاق للرجال والنساء وأنشد أحدهم :

هذى الآرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذه الآرامل الذكر ؟

وقال الآخـــر :

أحب أصـطاد ظبيا سخبلا رعى الربيـع والشـتاء أرملا

والمعروف فى كلام الناس أنه النساء فلا يحتمل لفـظ الموصى الا عليه ولان الارامل جمع أرملة ، فلا يكون جمعا للمذكر لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى فى واحد يختلف فى جمعه وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذى احتج به حجة عليه ، فانه لو كان لفظ الارامل يشمل الذكر والانثى لقال حاجتهم اذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان الذكر والانثى ثم رد عليه ضـــمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الاناث علـم انه موضوع لهن على الانفراد ، وسمى نفسه أرملا تجوزا تشبيها بهـن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر ويدل على ارادة المجاز أن اللفظ عنـــد

اطلاقه لا يفهم منه الا النساء ، ولا يسمى به فى العرف غيرهن وهـذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه فى الحقيقة للرجـال والنساء لكن قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكـم كسـائر الالفاظ العرفية •

فأما لفظة الايامى فهو كالارامل لانه لكل امرأة لا زوج لها ، قال الله تعالى « وانكحوا الايامى منكم » وفى بعض الحديث « أعوذ بالله من بوار الأيم » وقال الحنابلة هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهـم لما روى عن سعيد بن المسيب قال : آمت حفصه بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية ، وقال الشاعر :

فان تنكحى أنكح وان تتأيمى   وان كنت أفتى منكم أتأيم

والعرف يخص النساء بهذا الاسم ، والحكم للاسم العرفى ،وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أعوذ بالله من بوار الايم » انما أراد به المرأة ، فانها التى توصف بهذا الاسم ، ويضر بوارها •

والعزاب . هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، ويقال رجل عزب وامرأة عزبة ، وانما سمى عزبا لانفراده ، وكل شىء انفـرد فهو عزب قال ذو الرمة : يصف ثورا من الوحش انفرد :

يجلوا البوارق عن مجلز لهق   كأنه متقبىء يلمق عـزب

ويحتمل أن يختص بالرجال لانه فى العرف كذلك ، والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة ، قال النبى صلى الله عليه وسلم « البكـر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب الجلد والرجم » •

والعانس من الرجال والنساء الذى كبر ولم يتزوج ، قال قيس بن رفـاعة الـواقفى :

فينا الذى هو ما ان طر شاربه والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول : الذين جاوزوا الثلاثين جـــاوزوا الثلاثين قال الله تعالى : « ويكلم الناس فى المهد وكهلا » قال المفسرون : ابن الثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النبات اذا تم وقوى ثم لا يزال كهـــلا حتى يبلغ الخمسين ، ثم يشيخ ثم لا يزال شيخا حتى يموت • (٦)

وما تقدم كله فى صيغة الوصية ان كانت صريحة بمعنى أنهـــا لا تحتمل غير الوصية سواء كان بالمعنى القريب أو البعيد ، ويمكن أن تكون صيغة الوصية بطريق الكناية ، بمعنى أنها تحتملها وغيرها ، ولكن توجد قرينة تمنع من احتمال غيرها ، لان شأن الوصية شأن ســـائر العقود الأخرى ، والعقود الأخرى تجرى فى انعقادها الكنايات ، فكذلك الوصـــية •

فتنعقد الوصية بكناية كعبدى هذا لزيد لانه يحتمل التعيين لهـا والتعيين للاعارة أو عينت هذا له كالبيع وأولى لانها لا تفتقـــر الى القبول فى الحال فاشبهت ما يستقل به الانسان من التصرفات ، وانمـا كان ذلك كناية للتملك بالوصية ، والكتابة بالتاء كناية بنون فينعقـــد بها مع النية كما فى البيع وأولى ، فاذا كتب لزيد كذا ونوى به الوصية له وأعرب بالنية نطقا أو ورثته بعد موته صحت • (٧)

ومن قبيل الكناية : لو قال كل من ادعى بعد موتى شيئا اعطـوه له ولا تطالبوه بحجة ، فادعى اثنان بعد موته بحقين مختلفى القـــدر ولا حجة كان كالوصية يعتبر من الثلث ، فان ضاق عن الوفاء قســـم بينهما على قدر حقهما ، قاله الرويانى ، ولو قال المريض ما يدعيه فلان فصدقوه فمات ، فهو اقرار بمجهول وتعيينه للورثة • (٨)

---

(٦) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٥٤ •
(٧) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٣ •
(٨) مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٥٣ •

الفصل الثانى

الشروط التى ينبغى توافرها فى الصيغة

بالرغم من أن صيغة عقد الوصية قد تكون صريحة وكناية الا أن الفقهاء يكادون أن يجمعوا على توفر الشروط الآتية :

الشرط الأول : الصيغة :

التزام صيغة معينة فى كتابة الوصية بحيث تدل عليها ولا تحتمل غيرها وتبين اسبابها ، ومقدارها ، ولمن تكون ، وربما كان السبب فى ذلك انتفاء الجهالة والغموض التى يكتنفها فى التنفيذ فلا يستطيع الوارث أن يقف ضد تنفيذها ، ولا يجحد مقدارها ، وهذه الصيغه قد نص الفقهاء على وجوب التزامها فى كتابة الوصية ، وهى على النحو التالى : « هذا ما أوصى فلان بن فلان ، فانه يشهد أن لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله ، وان الجنة حق والنار حق ، وان الساعة آتية لا ريب فيها ، وان الله يبعث من فى القبور ، وان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين أى فى هذه الوصية لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان آخر كلمته شهادة أن لا اله الا الله وأنى رسول الله وجبت له الجنة ثم يكتب وأنا العبد المذنب الضعيف المفرط فى طاعته المقصر فى خدمته المفتقر الى رحمته الراجى لفضله والهارب من عدله ترك من المال الصامت كذا ومن الرقيق كذا ، ومن الدور كذا وعليه من الدين كذا ان كان عليه دين يسميه ويسمى الغريم واسم أبيه كيلا تجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته ويكتب ان مت من مرضى هذا فأوصيت بأن يصرف مالى الى وجوه الخيرات وأبواب البر

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٥٢٠ .

تداركا لما فرط فى حياته وتزودا وزخرا لآخرته وأنه أوصى الى فـــلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته فعليه أن يتقى الله حق تقاته ولا يتقاعد فى أموره فى وصيته ولا يتقـــاصر عن ايفاء حقوقه واستيفائه وان تقاعد فان الله حســيب عليه ويشـــهد على ذلك .

ونص الاباضية من الشيعة : (٢) على صيغة للوصية نذكرهـــا لوجود فرق بين الصيغتين وهذا الفرق أن الصيغة الاولى اقتصرت على الوصية اثناء المرض أما صيغة الاباضية : فقد أجازت الوصية أثنـــاء الصحة والمرض ، كما سيأتى حيث نصوا : واذا أراد الرجل أن يكتب وصيته فليقل : هذا ما أوصى به فلان ابن فلان الفلانى فى صـــحة من عقله وجواز من أمره ، أوصى وهو يشهد أن لا اله الا الله وحـــده لا شريك له ، وأن محمدا عبده ورسوله ، وما جاء به محمد صـــلى الله عليه وسلم هو الحق من عند الله وأوصى بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وبر الوالدين ابرارا كانا أو فجارا ، وصلة الرحم ، وحق الجـــار وما ملكت اليمين ، والقيام بالحق ، وأن يطـــاع الله ولا يعصى ، وأن يذكر ولا ينسى ، ثم يوصى للاقرب وما عليه من تبعات الناس ، ومايجب عليه بينه وبين الله ، مثل الزكاة والحج والعتق والكفارات ، وما أشبه ذلك ، ثم يوصى بما أراد أن يوصى به ولاحتياط ما عليه مما لم يتيقن به .

وقد قام الصحابة بتطبيق حديث النبى صلى الله عليـــه وســـلم « ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصـــيته مكتوبة عنده » فقاموا جميعا بكتابة وصاياهم ، وقد قال أنس رضى الله عنه : كانوا يكتبون فى صدور وصاياهم ، بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه أن يشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبـــــده ورسوله وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور ـــ

(٢) الايضاح جـ ٨ ص ٥٢٠ .

وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين ، واوصاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه يعقوب « يا بنى أن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وانتم مسلمون » أخرجه سعيد عن فضل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أنس .

وروى عن ابن مسعود أنه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود ان حدث بى حادث الموت من مرضى هذا ، ان مرجع وصيتى الى الله ورسوله ثم الى الزبير بن العوام وابنه عبد الله فانهما فى حل وبل فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله الا باذنهما .

وروى ابن عبد البر قال : كان فى وصية أبى الدرداء « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له ، وأن محمدا عبده ورسوله ، وان الجنة حق وان النار حق ، وان الله يبعث من فى القبور ، وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت ان شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وهذه وصيته ان لم يغيرها . (٣)

الشرط الثانى : الكتابة :

يشترط فى هذه الصيغة المعينة أن تكون مكتوبة ، والكتابة قد يكتبها الموصى نفسه ، وقد يقوم بكتابتها غيره بتكليف منه . واشتراط الكتابة يدل له قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » الآية (٤) ، ولا يمكن أن يقال ان هذه الاية خاصة بالديون التى تقع بين الافراد ، لان الموصى عندما يوصى بوصية تكون ذمته مشغولة بها وان كان تنفيذها مضاف الى ما بعد الموت ، لان أحدا

---

(٣) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٢ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٠ .
(٤) سورة البقرة الآية رقم : ٢٨٢ .

لم يوجبها عليه بل هو الذى أوجبها على نفسه ومن ثم كانت كـديونه وتقدم على تقسيم تركته ومن ثم وجبت كتابتها •

ويشترط فى كاتب الوصية ان كان غير الموصى شرطان :

الأول : أن يكون الكاتب عدلا ، لقوله تعالى « وليكتب بينكـم كاتب بالعدل » واعلم أن قوله تعالى (فاكتبوه) ظاهره يقتضى أنه يجب على أحد أن يكتب ، لكن ذلك غير ممكن ، فقد لا يكون ذلك الانسـان كاتبا فصار معنى قوله تعالى « فاكتبوه » أى لابد من حصول هـذه الكتبه ، وهو قوله تعالى « والسارق والسـارقة فاقطعـوا أيديهما جزاء » (٥) فان ظاهره وان كان يقتضى خطاب الكل بهذا الفعل الا أنا علمنا أن المقصود منه أنه لابد من حصول قطع اليد من انسان واحد ، اما الامام أو نائبه أو المولى ، فكذا ههنا ثم تأكد هذا الذى قلناه بقوله تعالى « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » فان هذا يدل على أن المقصـود حصوله هذه الكتبة من أى شخص •

والعدل فيـه وجوه :

أ ــ أن يكتب بحيث لا يزيد فى المقدار المسموح به فى الوصية، بل يستحب أن ينقص عن هذا المقدار المقرر شرعا ، ويكتبها بحيث أن يكون حجة له عند الحاجة اليه •

ب ــ اذا كان فقيها وجب عليه أن يكتب بحيث أن يبين للورثة والموصى اليه ، المقدار الموصى به ، حتى لا يكون هناك لبس أو غموض على الورثة أو من يقوم بتنفيذ الوصية •

جـ ــ قال بعض الفقهاء : العدل أن يكون ما يكتبه متفقا عليـه بين أهل العلم ، ولا يكون بحيث يجد قاض من قضاة المسلمين سبيلا الى ابطاله على مذهب بعض المجتهدين •

---

(٥) سورة المائدة الآية رقم : ٣٨ •

د ــ أن يحترز عن الالفاظ المجملة التى يقع النزاع فى المراد منهــا •

وهذه الامور التى ذكرناها لا يمكن رعايتها الا اذا كان الكــاتب فقيها عارفا بمذاهب المجتهــدين ، وأن يكون أديبا مميزا بين الألفــاظ المتشــابهة •

ولابد فى الكاتب أن يكتب ويراعى فى كتابته ما أمره الله به ، نهى لكل كاتب عن الامتناع عن الكتبة ، وايجاب الكتبة على من كان كاتبا وفيــه وجــوه : ــ

الأول : أن هذا على سبيل الارشاد الى الأولى لا على ســبيل الايجاب وفى قوله تعالى « ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله »والمعنى أن الله لما علمه الكتبة ، وشرفه بمعرفة الاحكام الشرعية ، فالاولى أن يكتب تحصيلا لمهم أخيه المسلم شكرا لتلك النعمة ، وهو كقوله تعــالى « أحسن كما أحسن الله اليك » فانه ينتفع الناس بكتابته كما نفعــه الله بتعليمها •

الثانى : وهو قول الشعبى : أنه فرض كفاية ، فان لم يجد أحدا يكتب الا ذلك الواحد وجب الكتبة عليه ، فان وجد أقواما كان الواجب على واحد منهم أنه يكتب •

الثالث : أن هذا كان واجبا على الكاتب ، ثم نسخ بقوله تعــالى « ولا يضار كاتب ولا شهيد » •

الرابع : ان متعلق الايجاب هو أن يكتب كما علمه الله ، يعنى أن تقدير أن يكتب فالواجب أن يكتب على ما علمه الله ، وأن لا يخــل بشرط من الشرائط ، ولا يدرج فيه قيدا يخل بمقصود الانسان ، وذلك أنه لو كتبه من غير مراعاة هذه الشروط اختل مقصود الانسان وضاع ماله ، فكأنه قيل له : ان كنت تكتب فاكتبه عن العــدل ، واعتبــار كل الشرائط التى اعتبرها الله تعالى •

الشرط الثانى : ان الكتابة وان وجب أن يختار لها العالم بكيفية كتب الشروط والسجلات ، لكن ذلك لا يتم الا باملاء من عليه الحق فليدخل فى جملة املائه اعترافه بما عليه من الحق فى قدره وجنسه وصفته الى غير ذلك فلأجل ذلك قال تعالى « وليملل الذى عليه الحق » وعلى ذلك اذا كان من عليه الحق وهو الموصى أن يملى غيره املاء واضحا بحيث لا يضر ورثته لان الزيادة حيف ، بل ينقص عن القدر المقرر «وهى الحد الأقصى » لكان أولى للحديث المتقدم «ان تدع ورثتك أغنياء » .

الشرط الثالث : الاشهاد على الوصية :

ومن الأمور التى اشترطها العلماء الشهادة على الوصية ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » واعلم أن المقصود من الكتابة هو الاستشهاد لكى يتمكن بالشهود عند الجحود من التوصل الى تحصيل الحق (٦) ، ويستحب أن يشهد على وصيته لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها ، حتى لا يستطيع الورثة انكارها ، فان انكروها كذبهم الشهود (٧) ، ولما كان الاشهاد لابد منه على الايصاء بصفته عقدا كان علينا أن نذكر الشروط التى ينبغى توافرها فى الشاهد اجمالا وهى ما يأتى :

الاسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ، والتيقظ ، والعدالة ، وعدم التهمة .

فأما الاسلام والعقل فمشترطان اجماعا الا أن أبا حنيفة أجاز شهادة الكفار على الوصية فى السفر .

وأما الحرية فمشترطة خلافا للظاهرية وابن المنذر .

وأما البلوغ فيشترط فى كل موضع الا أن مالكا أجاز شهادة

---

(٦) مفاتيح الغيب للفخر الرازى جـ ٤ ص ١١٩ – ١٢١ بتصرف .
(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٧٠ .

الصبيان بعضهم على بعض فى الدماء (٨) خلافا لأبى حنيفة وابن حنبل ــ حيث قالا : لو شهد الولد الصغير بمال على الميت : أى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال على الميت لا تقبل فشهادتهما باطلة لأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما فى ذلك فصارا متهمين أو خصمين فلا تقبل (٩) بشرط أن يتفقوا فى الشهادة وأن يشهدوا قبل تفرقهم ، وأن لا يدخل بينهم كبير واختلف فى اناثهم •

وأما التيقظ فتحرزا به من المغفل ، فلا تقبل شهادته ، وان كان صالحا وأما العدالة فمشترطة اجماعا ، والعدل هو الذى يجتنب الذنوب الكبائر ويتحفظ من الصغائر ويحافظ على مروءته ، فلا تقبل شهادة من وقع فى كبيرة كالزنى ، وشرب الخمر ، والقذف ، وكذلك الكذب ، الا أن تاب وظهر صلاحه فتقبل شهادته ، الا أن يشهد على أحد بما كان هو قد حد فيه فلا تقبل شهادته فى المشهور ، ولا يشترط فى الشاهد انتفاء الذنوب فان ذلك متعذر وقال أبو حنيفة يكفى فى العدالة الاسلام وعدم معرفة الجرحة •

وتسقط الشهادة بالادمان على الشطرنج والنرد وبالاشتغال به عن صلاة واحدة حتى يخرج وقتها ، وترك صلاة الجمعة ثلاث مرات من غير عذر ، وقيل بتركها مرة واحدة وتسقط أيضا بفعل ما يسقط المروءة وان كان مباحا كالأكل فى الطرقات والمشى حافيا أو عريانا وملازمة الغناء وسماعه •

وأما عدم التهمة فيرجع الى ستة أمور :

١ ــ الميل للمشهود له فلا تقبل شهادة الولد لوالديه ولا لأجداده وجداته ولا شهادة واحد منهم له عند الجمهور ، ولاشهادة الزوج لامرأته

---

(٨) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٢٣ •
(٩) البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٣٦ •

ولا شهادتها له خلافا للشافعى ، ولا شـــهادة وصى لمحجور ، واختلف فى شهادة الأخ لأخيه ، وقيل تقبل اذا كان عدلا مبرزا ، وقيل اذا لم يكن تحت صلته ، واختلف فى شهادة الصهر لصهره ، والصديق لصديقه ، وفى شهادة الرجل لابن امرأته ، وفى شهادة المرأة لابن زوجها ، وفى شهادة الولد لأحد والديه على الآخر .

٢ ــ الميل على المشهود عليه فلا تقبل شـــهادة العدو على عدوه خلافا لأبى حنيفة ، ولا الخصم لخصمه ، وكل ما لا تقبل شـــهادته له فلا تقبل عليه .

٣ ــ أن يجر لنفسه منفعة بالشهادة أو يدفع عن نفسه مضرة مثل: من شهد على موروثه المحصن بالزنى فيرجم ليرثه ، أو من له دين على مفلس فيشهد للمفلس أن له دينا آخر ليتوصل الى دينه ، أو من شـــهد بحق له ولغيره .

٤ ــ الحرص على الشهادة فى التحمل والآداء أو القبول أو يحلف على شهادته فذلك قادح فيها .

٥ ــ شهادة السؤال الذين يتكففون الناس لعدم الثقة بهم .

٦ ــ شهادة بدوى على قروى فلا تقبل فى الأموال وشـــبهها مما يمكن الاشهاد عليها فى الحضر ، بخلاف ما يطلب به الخلوات كالدماء .

بيان : وهذه الشروط السبعة التى ذكرناها فى الشهود انما تشترط فى حين آداء الشهادة ، وأما حين تحملها فلا يشترط الا التيقظ والضبط لمـــا يشهد فيه ، سواء كان فى حين التحمل مسلما أو كافرا عدلا أو غير عدل أو حرا أو عبدا ، واذا ردت شهادة العبد والكافر أو الصـــغير أو الفاســـق ثم انقلبت أحوالهم عن ذلك لم تقبل شهادتهم فيما كانوا قد ردت فيه شهادتهم (١٠) .

---

(١٠) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٢٣ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٥٣٦ .

من كتب وصــية ولم يشهد فيها :

نص أحمد فى رواية اسـحاق بن ابراهيم فقال : من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه ، وكان مشـهور الخط يقبـل ما فيهـا (١١) ، وهو قول الخرقى ، وروى أحمـد أنه لا يقبل الخط فى الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسـمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسـن وأبو قلابة والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالاجماع فكذا ههنا وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحته ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحـاكم انفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فههنا أولى ، وقد نص أحمد على هذا فى الشـهادة .

ووجه قول الخرقى : قول النبى صلى الله عليه وسلم : ما من امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده ، ولم يذكر شهادته ، ولأن الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لا يقدر على تسليمه ، وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث .

وان كتب وصيته وقال اشهدوا علىّ بما فى هذه وصيتى فاشهدوا على بها ، وختم عليها وقال للشـهود اشـهدوا على بما فى هذا الكتاب لا يجوز حتى لا يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه بما فيه وهو قول أحمد ابن حنبل (١٢) والحسن وأبو قلابة والشافعى وأبو ثور وأصـحاب الرأى ويحتمل كلام الخرقى جوازه لأنه اذا قبل خطه المجرد فهذا أولى ،

---

(١١) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٩ .
(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٩ .

وممن قال ذلك عبـــد الملك بن يعلى ومكحول ونمير ومالك (١٣) والليث والأوزاعى ومحمد ابن سلمة وأبو عبيد واسحاق •

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عماله وأمرائه فى أمر ولاته وأحكامه وسننه ، ثم عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم الى ولاتهم بالأحكام التى فيها الدماء والفروج والأموال يبعثون بهامختومة لايعلم حاملها مافيها وأمضوها على وجوهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك ، عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولانعلم أحدا أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره فى علماء العصر فـــكان اجمـــاعا •

ووجه الأول : أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضى ، فاما ما ثبت من الوصية بشهادة أو اقرار الورثة به فانه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وان طالت مدته وتغيرت أحوال الموصى مثل أن يوصى فى مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصـــل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمـــال والشك كســـائر الاحكام •

قال ابن القاسم قلت : لمـــالك الرجل يوصى عند سفره وعند موته فيكتب وصيته ويجعلها على يدى رجل ثم يقدم من سفره أو يبرأ من مرضه فيقبضها ممن هى عنده فهلك فتؤخذ الوصية بحالها أو تقوم عليه البينة أنها هى ألا ترى أن تنفـــذ ، قال مالك : لا وكيف تجوز وهى فى يديه قد أخذها فلعله أن يكون انما أخذها ليؤامر نفسه فيها وليس ممن يريد أن يجيز وصيته فأخذها ولا يضعها على يدى نفسه وانما تنفذ اذا جعلها على يدى رجل •

---

(١٣) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٣ •

ولو كتب وصيته وهو مريض وأقرها عند نفسه وأشهد عليها ثم مات تجوز هذه الوصية فى قول مالك .

ولو كتب وصيته وأشهد عليها وهو صحيح فأمسكها عنده حتى مات تجوز وصـــيته .

قال ابن القاسم : وأنا أرى أن الوصية جائزة اذا كتب وصيته ولم يقل ان حدث بى حادث من مرضى هذا أو فى سفرى هذا أنها جائزة وان كانت عنده اذا كانت الوصية مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه هذا ولا ذكر سفرا أنها جائزة وسواء كان كتبها فى صحته أو فى مرضـــه فهى جائزة اذا كتب فيها متى ما حدث بى حدث اذا شهد عليها الشهود وانما اختلف الناس فى السفر والمرض (١٤) .

(١٤) المدونة الكبرى جـ ٦ ص ١٣ ، ١٤ .

الفصل الثالث

مسـقطات الوصـية

لمـا كانت الوصية عقد تبرع بدون مقابل ، والملك فيه مضاف الى ما بعد الموت ، والايجاب فى هذا العقد ينتج أثره وان تأخر القبول من الموصى له الى ما بعد الموت ، فان شأنها شأن سائر العقود الأخرى يمكن أن تبطل ويسقط أثرها ، وتعتبر كأن لم تكن ، ولا تنتقل ملـكية الموصى به نظرا لانتهاء عقدها ولذلك كان هناك عديد من المسقطات أو المبطلات.

أولها : رجوع الموصى :

ورجوع الموصى يمكن أن يكون بالقول أو بالفعل :

أما الرجوع بالقول : مثل أن يقول رجعت فى وصيتى ، أو أبطلتها ، أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان ، « تحويل الوصية » أو فهو لورثتى أو فى ميراثى ، أو ما أوصيت به فقد وهبته ، أو ما أوصـيت به فهو رقبى لفلان أو ما أوصيت به فقد وقفته لجهة عامة ، كل هذه أقوال تفيد رجوع الموصى عن الوصـية ، وتبطل ايجابه وتجعله عديم الأثر حيث أنه لا يستطيع أن يجبره على التمادى فى وصيته ، لأن العقـد لم يتجاوز كونه بارادة منفردة يمكن أن يرجع عنها صاحبها .

أما الرجوع الفعلى : فهو أن يتصرف فى الموصى به تصرفا يترتب عليه تغييره تغييرا كليا ، أو تغييرا جزئيا ، أو يرتب عليه تصرفا ناقلا لملكيته أو يقلل من آثارها ، أو يحد منهـا ، ومن الأمثلة على ذلك : اذا كان قد أوصى بشىء يؤكل فأكله ، أو أطعمه غيره ، أو أتلفه أو وهبـه ، أو تصدق به ، أو باعه ، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبلها ، أو ما أشبه هذا ، فهو رجوع ، قياسا على البيع بخيار الشرط أو الشراء به فان الفسخ أو الاجازة يكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه أن كل فعل لو فعله الانسان فى ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به

حق المالك فاذا شغله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا أو الصفر آنية لأنه لما أثر فى قطع ملك الملك فلان يؤثر فى المنع أولى وكذا كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه ، وكذا كل تصرف أوجب زوال الملك فهو رجوع (١) •

قال صاحب المغنى لابن قدامة (٢) : أنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو رهنه ، وان عرضه للبيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه،أو وصى باعتاقه أو بزه كان رجوعا ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وايجابه للهبة ووصيته ببيعه أو اعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له ، وان رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقا يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعى لأنه لا يزيل الملك فأشبه اجارته وكذلك الحكم فى الكتابة •

وان وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه ، أو بخبز فأكله أو فته أو جعله فتيتا ، كان رجوعا لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وبهذا قال الشافعى ، وان وصى بكتان وقطن فغزله ، أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه ، أو بنقرة فضربها ، أو شاة فذبحها ، كان رجوعا وبهذا قال أصحاب الرأى والشافعى والحنابلة واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبى ثور لأنه لا يزيل الاسم • ولا يصح هذا القول : لأنه يزيل الاسمفان الثوب لا يسمى غزلا والغزل لا يسمى كتانا ، وروى عن الشيعة قول أنه لا يعتبر ذلك

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٦ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٧، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣٢٠ •

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٧ •

رجوعا لأنه قد زاد فى الموصى به خيرا وقد قال به الامام يحيى (٣) ٠

وان وصى بشىء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه فان خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعا ، لأنه يمكن تسليمه ، وان وصى بقفيز من قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعا سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونهـــا لأنه كان مشـــاعا وقيل ان خلطه بخير منه كان رجوعا لأنه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتســـليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه٠

واذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير الموصى مثل ان سقط الحب فى الأرض فصار زرعا ، أو انهدمت الدار فصارت فضاء ، فى حياة الموصى بطلت الوصية بها ، لأن الباقى لا يتناوله الاسم وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها لأن الاســـم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار فى الوصـــية ما يتبعها فى البيع ٠

حكم جحود الوصـــية :

هل يعتبر الجحود رجوعا أم لا ؟ قد روى فى حكمه قولان :

الأول : ان الجحود يعتبر رجوعا عن الوصـــية ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقول أبى يوسف (٤) ، ورواية للحنابلة (٥) ٠

دليل ذلك : لأنه يدل على أنه يريد ايصاله الى الموصى له ، ولأن الجحود نفى فى الماضى والحال فكان أقوى من الرجوع ، اذ هو نفى فى

---

(٣) البحر الزخار ج ٦ ص ٣٢٠ ٠
(٤) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٧ ٠
(٥) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٦٨ ٠

الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعا ، ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة •

الثانى : ان الجحـــود لا يعتبر رجوعا وهو رواية لأبى حنيفـــة ورواية للحنابلة وقول محمد بن الحسن من الحنفية •

وقد استدل محمد على قوله : ان الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك ، واذ كان ثابتا فى المـــاضى كان ثابتا فى الحـــال فكان الجحود لغوا ، ولأن الرجوع اثبات فى المـــاضى ونفى فى الحال والجحود نفى فيهما لأن حقيقته نفى فى المـــاضى ويلزم من الانتفـــاء فى الحال ان كان صادقا فلا يكون أحدهما أخص من الآخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ، ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام أو ربا لا يكون رجوعا لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل بخلاف ما اذا قال فهى باطـــلة لأنه الذاهب المتلاشى ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لأنه اسقاط ، ولو قال العبد الذى أوصـــيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ، بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخـــر لأن المحل يحتمـــل الشركة واللفظ صالح لهما وكذا لو قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الأول ويكون وصية للوارث وحكمه يجـــوز ان أجازت الورثة ، ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصـــية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى انما تبطل ضرورة كونهـــا للثانى ، ولم تكن فبقى الأول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهو للورثة لبطـــلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت (٦) •

---

(٦) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٧ •

ثانيا : من مسقطات الوصية : موت الموصى له قبل موت الموصى :

فتسقط الوصــية وتبطل اذا مات الموصى له قبل موت الموصى ، لانعدام الطرف الثانى من أطراف العقد ، وكأن الموجب لا يجد لايجابه ما يقابله وهذا قول أكثر أهل العــلم وروى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال الزهرى وحماد بن ســليمان ، وربيعة ومالك ، والشــافعى ، وأصحاب الرأى والحنابلة ، وقال الحسن تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء : اذا علم الموصى بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصى له لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد الموصى وقبل القبول ولكن هى عطية صــادفت المعطى ميتا فلم تصح ، كما لو وهب ميتا ، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت(٧) .

ثالثا : وتبطل الوصية اذا قتل الموصى له الموصى قتلا مباشرا أو شارك فى قتله أو حرض عليه ، قتلا عمدا أو خطأ ، لأن القتل يمنع الارث وهو حق مفروض فأولى أن يمنع الوصية ، لأن القاتل ربما اســتعجل الحصول على الوصية فقتل ، وقد تقدم الكلام فى بطلان الوصية للقاتل بالتفصــــيل .

رابعا : اذا رد الموصى الوصية بعد موت الموصى ، لأنه اسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه ، وقد تقدم ذلك .

خامسا : بتلف العين المعينة الموصى بها ، قبل قبول الموصى له ، ولو كان ذلك بعد موت الموصى ، لتعلق حقه بالعين التالفة دون غيرها ، وقد أجمع أهل العلم على أن الرجل اذا أوصى بشىء فهلك الشىء ، أنه لا شىء له فى مال الميت (٨) .

---

(٧) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٧ .

(٨) راجع مســقطات الوصية فى : منار السبيل جـ ٢ ص ٣٩ ، المدونة الكبرى جـ ٦ ص ٣٥ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٢ ، البحر الزخار جـ ٦ ص ٣١٢ ، المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٠ .

المراجـــع

أولا : الفقـــه

أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية •
البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار
البحر الرائق شرح كنز الدقائق •
التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل •
الدسوقى على الشرح الكبير •
الروض المربع شرح زاد المستقنع •
الفواكه الدوانى •
القوانين الفقهية لابن جزى •
المغنى لابن قدامة •
المدونة الكبرى للامام مالك •
المحلى لابن حزم •
المجمـــوع للنـــووى •
الايضـــاح للشـــماخى •
الأحوال الشخصية لأبى زهرة •
الأحوال الشخصية لمحى الدين عبد الحميد •
الأحوال الشخصية للبرديسى •
بداية المجتهد ونهاية المقتصد •
بدائع الصنائع للكسانى •
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى •
حاشـــية الروض المربع •
رسالة الدكتوراه المقدمة من محمد اسماعيل أبو الريش •
شرح النيل وشفاء العليل •

شرح الحقائق للافغانى .
معنى المحتاج شرح معانى ألفاظ المنهاج .
مواهب الجليل شرح مختصر خليل .
منار السبيل فى شرح الدليل .
مجموعة القوانين (قانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .
نهاية المحتاج للرملى .

ثانيا: الحديث

جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار .
سنن أبى داود .
سنن النسائى .
سنن ابن ماجه .
سبل السلام .
شرح معانى الآثار للطحاوى .
صحيح مسلم شرح النووى .
فتح البارى شرح صحيح البخارى .
نيل الأوطار للشوكانى .

ثالثا : التفسير

أحكام القرآن للقرطبى .
التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزرى .
مفاتيح الغيب للفخر الرازى .

فهرس كتاب : بيان مذاهب الفقهاء فى عقد الايصاء

الصفحة

الباب الأول
فى تعريف الوصية وبيان حكمها

الصفحة

الباب الثانى

الصـــفحة

الصـفحة

الصـــفحة

الصــفحة

رقم الايداع بدار الكتب ٤٦٨٤ / ١٩٨٦